ISSN 0074-4441

2012 (I) — Pages 1-420 : **ISBN 978-92-1-071150-0**
(Volume relié — Bound Volume)

2012 (II) — Pages 422-771 : ISBN 978-92-1-071151-7
(Volume relié — Bound Volume)

2012 (I) + 2012 (II) : ISBN 978-92-1-071152-4

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

2012

(I)

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(CROATIE c. SERBIE)

ORDONNANCE DU 23 JANVIER 2012

2012

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(CROATIA *v.* SERBIA)

ORDER OF 23 JANUARY 2012

Mode officiel de citation :
Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), ordonnance du 23 janvier 2012, C.I.J. Recueil 2012, p. 3

Official citation :
Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. *Serbia), Order of 23 January 2012, I.C.J. Reports 2012*, p. 3

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071142-5

N° de vente:
Sales number **1028**

23 JANVIER 2012

ORDONNANCE

APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(CROATIE c. SERBIE)

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(CROATIA *v.* SERBIA)

23 JANUARY 2012

ORDER

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

2012
23 janvier
Rôle général
n° 118

ANNÉE 2012

23 janvier 2012

APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(CROATIE c. SERBIE)

ORDONNANCE

Présents : M. OWADA, *président* ; M. TOMKA, *vice-président* ; MM. KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Mmes XUE, DONOGHUE, *juges* ; M. COUVREUR, *greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 31, 44 et 80 de son Règlement,

Vu la requête enregistrée au Greffe de la Cour le 2 juillet 1999, par laquelle la République de Croatie a introduit une instance contre la République fédérale de Yougoslavie « pour violation de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide »,

Vu l'ordonnance en date du 14 septembre 1999, par laquelle la Cour a fixé au 14 mars 2000 et au 14 septembre 2000, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire de la République de Croatie et du contre-mémoire de la République fédérale de Yougoslavie,

Vu l'ordonnance en date du 10 mars 2000, par laquelle le président de la Cour, à la demande de la Croatie, a reporté au 14 septembre 2000 et au

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2012

2012
23 January
General List
No. 118

23 January 2012

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(CROATIA *v.* SERBIA)

ORDER

Present: *President* OWADA; *Vice-President* TOMKA; *Judges* KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE; *Registrar* COUVREUR.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Articles 31, 44 and 80 of the Rules of Court,

Having regard to the Application filed in the Registry of the Court on 2 July 1999, whereby the Republic of Croatia instituted proceedings against the Federal Republic of Yugoslavia "for violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide",

Having regard to the Order dated 14 September 1999, whereby the Court fixed 14 March 2000 and 14 September 2000 respectively as the time-limits for the filing of the Memorial of the Republic of Croatia and the Counter-Memorial of the Federal Republic of Yugoslavia,

Having regard to the Order dated 10 March 2000, whereby the President of the Court, at the request of Croatia, extended until 14 Septem-

14 septembre 2001, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire, et l'ordonnance en date du 27 juin 2000, par laquelle la Cour, à la demande de la Croatie, a reporté au 14 mars 2001 et au 16 septembre 2002, respectivement, les dates d'expiration de ces délais,

Vu le mémoire de la Croatie, déposé dans le délai ainsi prorogé,

Vu les exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête qui ont été soulevées par la République fédérale de Yougoslavie dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire, tel que prorogé,

Vu l'arrêt du 18 novembre 2008, par lequel la Cour a statué sur les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur,

Vu l'ordonnance en date du 20 janvier 2009, par laquelle la Cour a fixé au 22 mars 2010 la nouvelle date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire de la Serbie,

Vu le contre-mémoire de la Serbie, déposé le 4 janvier 2010, et les demandes reconventionnelles qu'il contient,

Vu l'ordonnance en date du 4 février 2010, par laquelle la Cour a déclaré qu'en l'espèce, et compte tenu de l'absence d'objections de la Croatie à la recevabilité des demandes reconventionnelles susvisées, elle n'estimait pas devoir, au stade considéré, se prononcer définitivement sur la question de savoir si lesdites demandes satisfaisaient aux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement,

Vu cette même ordonnance en date du 4 février 2010, par laquelle la Cour a prescrit la présentation d'une réplique de la Croatie et d'une duplique de la Serbie portant sur les demandes soumises par les deux Parties dans l'instance en cours, a déclaré que

> «il éch[oyait] en outre, aux fins d'assurer une stricte égalité entre les Parties, de réserver le droit, pour la Croatie, de s'exprimer une seconde fois par écrit, dans un délai raisonnable, sur les demandes reconventionnelles de la Serbie, dans une pièce additionnelle dont la présentation pourrait faire l'objet d'une ordonnance ultérieure»,

et a fixé au 20 décembre 2010 et au 4 novembre 2011, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt de la réplique et de la duplique,

Vu la réplique déposée par la Croatie et la duplique déposée par la Serbie dans les délais ainsi fixés;

Considérant que, au cours d'une réunion tenue par le président de la Cour avec les représentants des Parties le 16 janvier 2012, S. Exc. M^me^ Andreja Metelko-Zgombić, coagent de la Croatie, a indiqué que son gouvernement souhaitait s'exprimer une seconde fois par écrit sur les demandes reconventionnelles de la Serbie, dans une pièce additionnelle, et a sollicité un délai de onze mois à compter de la date de dépôt de la

ber 2000 and 14 September 2001 respectively the time-limits for the filing of the Memorial and the Counter-Memorial, and to the Order dated 27 June 2000, whereby the Court, at the request of Croatia, extended those time-limits until 14 March 2001 and 16 September 2002 respectively,

Having regard to the Memorial of Croatia, filed within the time-limit as extended,

Having regard to the preliminary objections to the jurisdiction of the Court and the admissibility of the Application which were submitted by the Federal Republic of Yugoslavia within the time-limit fixed for the filing of the Counter-Memorial, as extended,

Having regard to the Judgment of 18 November 2008, whereby the Court ruled on the preliminary objections raised by the Respondent,

Having regard to the Order dated 20 January 2009, whereby the Court fixed 22 March 2010 as the new time-limit for the filing of the Counter-Memorial of Serbia,

Having regard to the Counter-Memorial of Serbia, filed on 4 January 2010, and to the counter-claims submitted therein,

Having regard to the Order dated 4 February 2010, in which the Court stated that in these proceedings, and taking account of the absence of objections by Croatia to the admissibility of the above-mentioned counter-claims, it did not consider that it was required to rule definitively at that stage on the question of whether the said claims fulfil the conditions set forth in Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court,

Having regard to that same Order of 4 February 2010, whereby the Court directed Croatia to submit a Reply and Serbia to submit a Rejoinder relating to the claims of both Parties in the current proceedings, stated that

> "it is also appropriate, in order to ensure strict equality between the Parties, to reserve the right for Croatia to express its views for a second time in writing within a reasonable time-limit on Serbia's counter-claims, in an additional pleading whose submission may be dealt with in a subsequent Order",

and fixed 20 December 2010 and 4 November 2011 respectively, as the time-limits for the filing of the Reply and the Rejoinder;

Having regard to the Reply filed by Croatia and the Rejoinder filed by Serbia within the time-limits thus fixed;

Whereas, at a meeting held by the President of the Court with the representatives of the Parties on 16 January 2012, H.E. Ms Andreja Metelko-Zgombić, Co-Agent of Croatia, indicated that her Government wished to present its views in writing a second time on the Serbian counter-claims, in an additional pleading, and requested a time-limit of eleven months from the date of the filing of the Rejoinder for the filing of

duplique pour présenter ladite pièce additionnelle; et que M. Saša Obradović, agent de la Serbie, a notamment indiqué que son gouvernement ne voyait pas d'objection à la demande de la Croatie tendant à pouvoir présenter une pièce additionnelle mais estimait qu'un délai de huit mois serait suffisant pour permettre à la Croatie de la préparer;

Compte tenu des vues des Parties,

Autorise la présentation par la République de Croatie d'une pièce additionnelle portant exclusivement sur les demandes reconventionnelles présentées par la République de Serbie;

Fixe au 30 août 2012 la date d'expiration du délai pour le dépôt de cette pièce;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le vingt-trois janvier deux mille douze, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Croatie et au Gouvernement de la République de Serbie.

Le président,
(Signé) Hisashi OWADA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

that additional pleading; whereas Mr. Saša Obradović, Agent of Serbia, indicated *inter alia* that his Government had no objection to Croatia's request to be permitted to file an additional pleading but considered that a time-limit of eight months would be sufficient to allow Croatia to prepare the said pleading;

Taking account of the views of the Parties,

Authorizes the submission by the Republic of Croatia of an additional pleading relating solely to the counter-claims submitted by the Republic of Serbia;

Fixes 30 August 2012 as the time-limit for the filing of that pleading; and

Reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-third day of January, two thousand and twelve, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Serbia, respectively.

(Signed) Hisashi OWADA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

PRINTED IN FRANCE

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071142-5

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CONSTRUCTION OF A ROAD IN COSTA RICA ALONG THE SAN JUAN RIVER

(NICARAGUA *v.* COSTA RICA)

ORDER OF 23 JANUARY 2012

2012

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

CONSTRUCTION D'UNE ROUTE AU COSTA RICA LE LONG DU FLEUVE SAN JUAN

(NICARAGUA c. COSTA RICA)

ORDONNANCE DU 23 JANVIER 2012

Official citation:
Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Order of 23 January 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 7

Mode officiel de citation:
Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), ordonnance du 23 janvier 2012, C.I.J. Recueil 2012, p. 7

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071143-2

Sales number
N° de vente: **1029**

23 JANUARY 2012

ORDER

CONSTRUCTION OF A ROAD IN COSTA RICA ALONG THE SAN JUAN RIVER

(NICARAGUA *v.* COSTA RICA)

CONSTRUCTION D'UNE ROUTE AU COSTA RICA LE LONG DU FLEUVE SAN JUAN

(NICARAGUA c. COSTA RICA)

23 JANVIER 2012

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

2012
23 January
General List
No. 152

YEAR 2012

23 January 2012

CONSTRUCTION OF A ROAD IN COSTA RICA ALONG THE SAN JUAN RIVER

(NICARAGUA *v.* COSTA RICA)

ORDER

Present: *President* OWADA; *Vice-President* TOMKA; *Judges* KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE; *Registrar* COUVREUR.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Articles 31, 44, 45, paragraph 1, 48 and 49 of the Rules of Court,

Having regard to the Application filed in the Registry of the Court on 22 December 2011, whereby the Republic of Nicaragua instituted proceedings against the Republic of Costa Rica "for violations of Nicaraguan sovereignty and major environmental damages on its territory", referring to "Costa Rica's construction of a road running parallel . . . to the southern bank of the [San Juan] river" and posing "[t]he most immediate threat to the river and its environment";

Whereas on 22 December 2011 a certified copy of the Application was transmitted to the Republic of Costa Rica;

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2012

2012
23 janvier
Rôle général
n° 152

23 janvier 2012

CONSTRUCTION D'UNE ROUTE AU COSTA RICA LE LONG DU FLEUVE SAN JUAN

(NICARAGUA c. COSTA RICA)

ORDONNANCE

Présents: M. OWADA, *président*; M. TOMKA, *vice-président*; MM. KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Mmes Xue, Donoghue, *juges*; M. COUVREUR, *greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 31, 44, 45, paragraphe 1, 48 et 49 de son Règlement,

Vu la requête enregistrée au Greffe de la Cour le 22 décembre 2011, par laquelle la République du Nicaragua a introduit une instance contre la République du Costa Rica «pour violations de la souveraineté du Nicaragua et dommages importants à l'environnement sur son territoire», en se référant à la «construction par le Costa Rica d'une route qui suit un tracé parallèle à la rive méridionale du fleuve [San Juan]» et constitue «[l]a menace la plus immédiate pour [celui-ci] et son environnement»;

Considérant que, le 22 décembre 2011, une copie certifiée conforme de la requête a été transmise à la République du Costa Rica;

Whereas the Republic of Nicaragua has appointed H.E. Mr. Carlos J. Argüello Gómez as Agent; and whereas the Republic of Costa Rica has appointed H.E. Mr. Edgar Ugalde Alvarez as Agent and H.E. Mr. Jorge Urbina Ortega and Mr. Sergio Ugalde as Co-Agents;

Whereas, at a meeting held by the President of the Court with the representatives of the Parties on 19 January 2012, the latter expressed the views of their respective Governments regarding the time-limits that were necessary to prepare the first round of written pleadings; whereas H.E. Mr. Carlos J. Argüello Gómez, Agent of Nicaragua, indicated that his Government would be in a position to file its Memorial in the case at the end of 2012; and whereas H.E. Mr. Jorge Urbina Ortega, Co-Agent of Costa Rica, expressed his Government's agreement to such a time-limit, as long as Costa Rica was afforded an equivalent time-limit for the filing of its Counter-Memorial;

Taking into account the agreement of the Parties,

Fixes the following time-limits for the filing of the written pleadings:

19 December 2012 for the Memorial of the Republic of Nicaragua;

19 December 2013 for the Counter-Memorial of the Republic of Costa Rica; and

Reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-third day of January, two thousand and twelve, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Nicaragua and the Government of the Republic of Costa Rica, respectively.

(Signed) Hisashi OWADA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Considérant que la République du Nicaragua a désigné comme agent S. Exc. M. Carlos J. Argüello Gómez; et que la République du Costa Rica a désigné comme agent S. Exc. M. Edgar Ugalde Alvarez et comme coagents S. Exc. M. Jorge Urbina Ortega et M. Sergio Ugalde;

Considérant que, au cours d'une réunion que le président de la Cour a tenue avec les représentants des Parties le 19 janvier 2012, ceux-ci ont exposé les vues de leurs gouvernements respectifs quant aux délais nécessaires pour la préparation des premières pièces de la procédure écrite; que S. Exc. M. Carlos J. Argüello Gómez, agent du Nicaragua, a indiqué que son gouvernement serait en mesure de déposer son mémoire en l'affaire à la fin de l'année 2012; et que S. Exc. M. Jorge Urbina Ortega, coagent du Costa Rica, a exprimé l'accord de son gouvernement quant à un tel délai, pour autant qu'un délai égal soit accordé au Costa Rica pour le dépôt de son contre-mémoire;

Compte tenu de l'accord des Parties,

Fixe comme suit les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite:

Pour le mémoire de la République du Nicaragua, le 19 décembre 2012;

Pour le contre-mémoire de la République du Costa Rica, le 19 décembre 2013;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le vingt-trois janvier deux mille douze, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Nicaragua et au Gouvernement de la République du Costa Rica.

Le président,
(Signé) Hisashi OWADA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

PRINTED IN FRANCE

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071143-2

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

JUDGMENT NO. 2867 OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION UPON A COMPLAINT FILED AGAINST THE INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT

ADVISORY OPINION OF 1 FEBRUARY 2012

2012

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

JUGEMENT N° 2867 DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL SUR REQUÊTE CONTRE LE FONDS INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT AGRICOLE

AVIS CONSULTATIF DU 1er FÉVRIER 2012

Official citation:

Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2012, p. 10

Mode officiel de citation:

Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012, p. 10

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071144-9

Sales number
N° de vente: 1030

1 FEBRUARY 2012

ADVISORY OPINION

JUDGMENT NO. 2867 OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION UPON A COMPLAINT FILED AGAINST THE INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT

JUGEMENT Nº 2867 DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL SUR REQUÊTE CONTRE LE FONDS INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT AGRICOLE

1er FÉVRIER 2012

AVIS CONSULTATIF

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE	1-18
I. THE COURT'S JURISDICTION	19-27
II. SCOPE OF THE COURT'S JURISDICTION	28-32
III. THE COURT'S DISCRETION	33-48
IV. MERITS	49-99
A. Response to Question I	62-95
1. Factual background	70
2. Jurisdiction *ratione personae* of the Tribunal in relation to the complaint submitted by Ms Saez García	71-82
3. Jurisdiction *ratione materiae* of the Tribunal	83-95
B. Response to Questions II to VIII	96-98
C. Response to Question IX	99
OPERATIVE CLAUSE	100

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
QUALITÉS	1-18
I. LA COMPÉTENCE DE LA COUR	19-27
II. L'ÉTENDUE DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR	28-32
III. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA COUR	33-48
IV. LE FOND	49-99
A. Réponse à la question I	62-95
1. Le contexte factuel	70
2. La compétence *ratione personae* du Tribunal à l'égard de la requête introduite par M[me] Saez García	71-82
3. La compétence *ratione materiae* du Tribunal	83-95
B. Réponse aux questions II à VIII	96-98
C. Réponse à la question IX	99
DISPOSITIF	100

LIST OF ACRONYMS AND ABBREVIATIONS

Agreement establishing IFAD	Agreement of 13 June 1976 establishing the International Fund for Agricultural Development
COP	Conference of the Parties of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa
Global Mechanism	Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa
HRPM	Human Resources Procedures Manual of the International Fund for Agricultural Development
IFAD (or the "Fund")	International Fund for Agricultural Development
ILO	International Labour Organization
ILOAT (or the "Tribunal")	Administrative Tribunal of the International Labour Organization
JAB	Joint Appeals Board of the International Fund for Agricultural Development
MOU	Memorandum of Understanding between the Conference of the Parties of the Convention to Combat Desertification and the International Fund for Agricultural Development regarding the Modalities and Administrative Operations of the Global Mechanism
PPM	Personnel Policies Manual of the International Fund for Agricultural Development
Relationship Agreement	Relationship Agreement between the United Nations and the International Fund for Agricultural Development
UNAT	United Nations Administrative Tribunal
UNCCD (or the "Convention")	United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa
Unesco	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
1956 Advisory Opinion	*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 77

ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

Accord portant création du FIDA	Accord du 13 juin 1976 portant création du Fonds international de développement agricole
Accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA	Accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et le Fonds international de développement agricole
Avis consultatif de 1956	*Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 77
Commission paritaire	Commission paritaire de recours du Fonds international de développement agricole
Conférence des parties (ou «conférence»)	Conférence des parties à la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique
Convention sur la désertification	Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique
FIDA (ou «Fonds»)	Fonds international de développement agricole
Manuel de procédures	Manuel de procédures relatives aux ressources humaines du Fonds international de développement agricole
Manuel des politiques concernant le personnel du FIDA	Manuel des politiques concernant le personnel du Fonds international de développement agricole
Mécanisme mondial	Mécanisme mondial de la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord relatif aux modalités administratives et opérationnelles du Mécanisme mondial conclu entre la conférence des parties et le Fonds international de développement agricole
OIT	Organisation internationale du Travail
TANU	Tribunal administratif des Nations Unies
TAOIT (ou «Tribunal»)	Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail
Unesco	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2012

2012
1 February
General List
No. 146

1 February 2012

JUDGMENT No. 2867 OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION UPON A COMPLAINT FILED AGAINST THE INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT

Jurisdiction of the Court to give advisory opinion requested.

Article XII of Annex to Statute of Administrative Tribunal of International Labour Organization (ILOAT) — Power of Executive Board of International Fund for Agricultural Development (IFAD) to request an advisory opinion — Jurisdiction of the Court to give opinion founded on Charter of United Nations and Statute of the Court, not only on Article XII of Annex to ILOAT Statute — Request presents "legal questions" *which* "arise within the scope of the Fund's activities" *— The Court has jurisdiction to give the advisory opinion.*

Scope of jurisdiction of the Court.

Binding character attributed to opinion of the Court by ILOAT Statute does not affect the way in which the Court functions — Power of the Court to review a judgment of ILOAT limited to two grounds: that Tribunal wrongly confirmed its jurisdiction or that decision is vitiated by fundamental fault in procedure followed — The Court's review not in the nature of an appeal on merits of judgment.

*

Discretion of the Court to decide whether it should give an opinion.

The Court as principal organ of the United Nations and as judicial body — The Court's exercise of its advisory jurisdiction represents its participation in the activities of the Organization — Refusal only justified for "compelling reasons" — Principle of equality before the Court of organization and official.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2012

2012
1er février
Rôle général
no 146

1er février 2012

JUGEMENT No 2867 DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL SUR REQUÊTE CONTRE LE FONDS INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT AGRICOLE

Compétence de la Cour pour donner l'avis consultatif demandé.

Article XII de l'annexe au statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (TAOIT) — Pouvoir du conseil d'administration du Fonds international de développement agricole (FIDA) de demander un avis consultatif — Compétence de la Cour pour donner un tel avis fondée sur la Charte des Nations Unies et sur son propre Statut, et non simplement sur l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT — Demande portant sur des «questions juridiques» *qui* «se posent dans le cadre de l'activité du Fonds» *— Cour compétente pour donner l'avis sollicité.*

Etendue de la compétence de la Cour.

Force obligatoire conférée à l'avis de la Cour par le statut du TAOIT n'affectant pas le mode de fonctionnement de la Cour — Cour ne pouvant faire droit à une demande de réformation d'un jugement du TAOIT que pour deux motifs: en cas de contestation d'une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou de faute essentielle dans la procédure suivie — Procédure de réformation devant la Cour ne constituant pas un appel quant au fond du jugement.

•

Pouvoir discrétionnaire de la Cour de répondre à une demande d'avis consultatif.

Double qualité de la Cour en tant qu'organe principal de l'Organisation des Nations Unies et en tant qu'instance judiciaire — Exercice par la Cour de sa compétence consultative relevant de sa participation à l'action de l'Organisation — Refus de répondre à une demande ne pouvant être justifié que par des «raisons décisives» — Principe de l'égalité devant la Cour entre l'organisation, d'une part, et le fonctionnaire, de l'autre.

Inequality of access to the Court — Comparison with former procedure for review of judgments of the United Nations Administrative Tribunal — Relevant General Comments of the Human Rights Committee — Comparison with equality of the parties in investment disputes — Requirements of good administration of justice include access on an equal basis to available appellate or similar remedies.

Inequality in proceedings before the Court has been substantially alleviated by decisions of the Court, on the one hand, to require that IFAD transmit any statement setting forth the views of Ms Saez Garcia and, on the other hand, not to hold oral proceedings.

Reasons to decline to give advisory opinion not sufficiently compelling.

*

Merits.

Question of whether Ms Saez Garcia was a staff member of IFAD or of the Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (Convention) — Relationship between IFAD, Global Mechanism and Conference of the Parties of the Convention — Relationship under the Convention — Relationship under the Memorandum of Understanding between the Conference of the Parties and IFAD regarding modalities and administrative operations of Global Mechanism — Respective powers of IFAD, Global Mechanism, Conference of the Parties and Permanent Secretariat of the Convention — Range of different hosting arrangements exist between international organizations — Neither the Convention nor Memorandum of Understanding expressly confer legal personality on Global Mechanism or otherwise endow it with capacity to enter into legal arrangements — Global Mechanism has no power to enter into contracts, agreements or "arrangements", internationally or nationally.

Response to Question I.

Questions put to the Court for an advisory opinion should be asked in neutral terms — ILOAT competent, under Article II, paragraph 5, of its Statute, to hear complaints alleging non-observance of either "terms of appointment of officials" of an organization that has accepted its jurisdiction or of "provisions of the Staff Regulations" of such organization.

Jurisdiction ratione personae *of ILOAT — Terms of Ms Saez Garcia's letters of appointment and renewals of contract — The Court finds that employment relationship was established between Ms Saez Garcia and IFAD, and that she was a staff member of Fund — IFAD did not object to Ms Saez Garcia engaging the facilitation process and lodging a complaint with the Joint Appeals Board — Memorandum of President of Fund rejecting recommendations of Joint Appeals Board contains no indication that Ms Saez Garcia was not staff member of Fund — Terms of President's Bulletin of IFAD further evidence of applicability of staff regulations and rules of Fund to fixed-term contracts of Ms Saez Garcia — Fact that neither Global Mechanism nor Conference of the Parties has recognized jurisdiction of ILOAT not relevant — Status of Managing Director of Global Mechanism has no relevance to Tribunal's jurisdiction* ratione personae *— ILOAT*

Inégalité d'accès à la Cour — Comparaison avec l'ancienne procédure de réformation des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies — Observations générales pertinentes du Comité des droits de l'homme — Comparaison avec le principe de l'égalité des parties dans les différends relatifs aux investissements — Egalité d'accès aux procédures d'appel ou autres recours disponibles au nombre des exigences d'une bonne administration de la justice.

Inégalité dans la procédure devant la Cour sensiblement atténuée par deux décisions de la Cour, la première étant d'exiger du FIDA qu'il lui transmette toute déclaration exposant le point de vue de M^me^ Saez García et la seconde, de ne pas organiser de procédure orale.

Raisons qui pourraient pousser la Cour à refuser de donner cet avis consultatif insuffisamment décisives.

•

Fond.

Question de savoir si M^me^ Saez García était un fonctionnaire du FIDA ou du Mécanisme mondial de la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (convention sur la désertification) — Liens unissant le FIDA, le Mécanisme mondial et la conférence des parties à la convention sur la désertification — Liens les unissant aux termes de la convention — Liens les unissant aux termes du mémorandum d'accord relatif aux modalités administratives et opérationnelles du Mécanisme mondial conclu entre la conférence des parties et le FIDA — Pouvoirs respectifs du FIDA, du Mécanisme mondial, de la conférence des parties et du secrétariat permanent de la convention sur la désertification — Existence de différents accords d'hébergement entre organisations internationales — Absence, dans la convention sur la désertification et le mémorandum d'accord, de dispositions conférant expressément au Mécanisme mondial la personnalité juridique ou lui reconnaissant, d'une manière ou d'une autre, la capacité de conclure des arrangements juridiques — Mécanisme mondial non doté de la faculté de conclure des contrats, des accords ou des arrangements, sur le plan international ou national.

Réponse à la question I.

Nécessité de libeller les questions soumises à la Cour pour avis consultatif en termes neutres — En vertu du paragraphe 5 de l'article II de son statut, TAOIT compétent pour connaître des requêtes invoquant l'inobservation « des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires » d'une organisation qui a accepté sa compétence « ou des dispositions du statut du personnel » de cette organisation.

Compétence ratione personae *du TAOIT — Termes des lettres d'engagement et de renouvellement du contrat de M^me^ Saez García — Cour concluant qu'une relation de travail a été instituée entre le FIDA et M^me^ Saez García, et que cette dernière était un fonctionnaire du Fonds — FIDA ne s'étant pas opposé à ce que M^me^ Saez García engage une procédure de concertation et saisisse la commission paritaire de recours — Absence, dans le mémorandum par lequel le président du FIDA a rejeté les recommandations de la commission paritaire, d'élément indiquant que M^me^ Saez García n'était pas fonctionnaire du Fonds — Termes du bulletin du président du FIDA constituant une preuve supplémentaire de l'applicabilité aux contrats de durée déterminée de M^me^ Saez García des dispositions statutaires ou réglementaires visant le personnel du Fonds — Absence d'acceptation de la compétence du TAOIT par le Mécanisme mondial et la conférence des parties*

was competent ratione personae *to consider complaint brought by Ms Saez Garcia against IFAD.*

Jurisdiction ratione materiae *of ILOAT — Terms of Human Resources Procedures Manual of IFAD — Tribunal was competent to examine decision of Managing Director of Global Mechanism — Ms Saez Garcia's complaint to Tribunal contained allegations of non-observance of "terms of appointment of an official" — Link between Ms Saez Garcia's complaint to Tribunal and staff regulations and rules of IFAD — ILOAT was competent* ratione materiae *to consider complaint brought by Ms Saez Garcia against Fund.*

The Court finds that ILOAT was competent to hear complaint introduced against IFAD.

Response to Questions II to VIII.

The Court considers that its answer to first question covers also all issues on jurisdiction of ILOAT raised by Fund in Questions II to VIII — The Court has no power of review with regard to reasoning of ILOAT or merits of its judgments — The Fund has not established that ILOAT committed a "fundamental fault in the procedure" — No further answers required from the Court.

Response to Question IX.

The Court finds that the decision given by ILOAT in Judgment No. 2867 is valid.

ADVISORY OPINION

Present: *President* OWADA; *Vice-President* TOMKA; *Judges* KOROMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE; *Registrar* COUVREUR.

In the matter of Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a complaint filed against the International Fund for Agricultural Development,

THE COURT,

composed as above,

gives the following Advisory Opinion:

1. By a letter dated 23 April 2010, which reached the Registry on 26 April 2010, the President of the International Fund for Agricultural Development (hereinafter "IFAD" or the "Fund") informed the Court that the Executive Board of IFAD, acting within the framework of Article XII of the Annex to the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (hereinafter the "ILOAT" or the "Tribunal"), had decided to challenge

dénuée de pertinence — Statut du directeur général du Mécanisme mondial dénué de pertinence aux fins de la compétence ratione personae *du Tribunal — Tribunal compétent* ratione personae *pour examiner la requête formée par M^me^ Saez Garcia contre le FIDA.*

Compétence ratione materiae *du TAOIT — Dispositions du manuel de procédures relatives aux ressources humaines — Tribunal compétent pour examiner la décision du directeur général du Mécanisme mondial — Requête formée par M^me^ Saez Garcia auprès du Tribunal contenant des allégations d'inobservation des « stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires » — Lien entre la requête introduite par M^me^ Saez Garcia devant le Tribunal et les dispositions statutaires et réglementaires applicables au personnel du FIDA — Tribunal compétent* ratione materiae *pour examiner la requête formée par M^me^ Saez Garcia contre le FIDA.*

Cour concluant que le TAOIT était compétent pour connaître de la requête formée contre le Fonds.

Réponse aux questions II à VIII.

Cour considérant que sa réponse à la première question couvre également tous les points relatifs à la compétence du Tribunal que le Fonds a soulevés dans les questions II à VIII — Cour dépourvue d'un droit de regard sur le raisonnement du Tribunal ou sur son jugement au fond — FIDA n'ayant pas démontré que le TAOIT avait commis une « faute essentielle dans la procédure » — Questions II à VIII n'appelant pas d'autres réponses de la Cour.

Réponse à la question IX.

Cour concluant à la validité de la décision rendue par le TAOIT dans son jugement n° 2867.

AVIS CONSULTATIF

Présents: M. OWADA, *président*; M. TOMKA, *vice-président*; MM. KOROMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, M^mes^ XUE, DONOGHUE, *juges*; M. COUVREUR, *greffier*.

S'agissant du jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole,

LA COUR,

ainsi composée,

donne l'avis consultatif suivant:

1. Par lettre en date du 23 avril 2010, parvenue au Greffe le 26 avril 2010, le président du Fonds international de développement agricole (ci-après dénommé le « FIDA » ou le « Fonds ») a informé la Cour que le conseil d'administration de celui-ci, agissant dans le cadre de l'article XII de l'annexe au statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (ci-après dénommé le « TAOIT » ou le « Tribunal »), avait résolu de contester la décision rendue par le

the decision rendered by the Tribunal on 3 February 2010 in Judgment No. 2867, and to refer the question of the validity of that Judgment to the Court. Certified true copies of the English and French versions of the resolution adopted by the Executive Board of IFAD for that purpose at its ninety-ninth session, on 22 April 2010, were enclosed with the letter. The resolution reads as follows:

"*The Executive Board of the International Fund for Agricultural Development, at its ninety-ninth session held on 21-22 April 2010:*

Whereas, by its Judgment No. 2867 of 3 February 2010, the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT) confirmed its jurisdiction in the complaint introduced by Ms A. T. S. G. against the International Fund for Agricultural Development,

Whereas Article XII of the Annex [to] the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization provides as follows:

'1. In any case in which the Executive Board of an international organization which has made the declaration specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal challenges a decision of the Tribunal confirming its jurisdiction, or considers that a decision of the Tribunal is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed, the question of the validity of the decision given by the Tribunal shall be submitted by the Executive Board concerned, for an advisory opinion, to the International Court of Justice.

2. The opinion given by the Court shall be binding.'[1],

Whereas the Executive Board, after consideration, wishes to avail itself of the provisions of the said Article,

Decides to submit the following legal questions to the International Court of Justice for an advisory opinion:

'I. Was the ILOAT competent, under Article II of its Statute, to hear the complaint introduced against the International Fund for Agricultural Development (hereby the Fund) on 8 July 2008 by Ms A. T. S. G., an individual who was a member of the staff of the Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereby the Convention) for which the Fund acts merely as housing organization?

II. Given that the record shows that the parties to the dispute underlying the ILOAT's Judgment No. 2867 were in agreement that the Fund and

[1] Note of the Court: According to the preamble of the Annex to the Statute of the ILOAT, that Statute "applies in its entirety to . . . international organizations [having made the declaration specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal] subject to . . . provisions which, in cases affecting any one of these organizations, are applicable as [set out in this Annex]". With respect to Article XII of the Statute, it should be noted that only its first paragraph is modified by the Annex. Its second paragraph is not set out in the Annex and thus remains unchanged as applicable to those organizations. In this case, the text of Article XII of the Annex to the Statute quoted by IFAD contains both paragraphs. When the Court in the present Advisory Opinion refers to Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, it is understood that this includes both the modified paragraph 1 and the original paragraph 2 of Article XII of the Statute.

Tribunal le 3 février 2010 dans son jugement n° 2867 et de soumettre la question de la validité de ce jugement à la Cour. Des copies certifiées conformes des versions française et anglaise de la résolution adoptée par le conseil d'administration du FIDA à cette fin lors de sa quatre-vingt-dix-neuvième session, le 22 avril 2010, étaient jointes à la lettre. La résolution se lit comme suit:

«*Le Conseil d'administration, à sa quatre-vingt-dix-neuvième session des 21 et 22 avril 2010:*

Attendu que, dans son jugement n° 2867 en date du 3 février 2010, le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (le Tribunal) a affirmé sa compétence en relation avec la requête formée par M^me^ A. T. S. G. contre le Fonds international de développement agricole,

Attendu que l'article XII de l'annexe [au] statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail dispose que:

«1. Au cas où le conseil exécutif d'une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue à l'article II, paragraphe 5, du statut du Tribunal conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou considère qu'une décision dudit Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le Tribunal sera soumise par ledit conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de Justice.

2. L'avis rendu par la Cour aura force obligatoire.»[1],

Attendu que le Conseil d'administration, après examen, souhaite se prévaloir des dispositions dudit article,

Décide de soumettre à la Cour internationale de Justice, pour avis consultatif, les questions juridiques ci-après:

«I. Le Tribunal avait-il compétence, en vertu de l'article II de son statut, pour examiner la requête dirigée contre le Fonds international de développement agricole (ci-après dénommé le «Fonds»), en date du 8 juillet 2008, formée par M^me^ A. T. S. G., une personne physique qui était membre du personnel du Mécanisme mondial de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (ci-après dénommée la «Convention»), vis-à-vis duquel le Fonds joue simplement le rôle d'organisation d'accueil?

II. Etant donné qu'il ressort du dossier que les parties au litige à la base du jugement n° 2867 du Tribunal sont convenues que le Fonds et le Méca-

[1] Note de la Cour: Aux termes du préambule de l'annexe au statut du TAOIT, ledit statut «s'applique intégralement [aux] organisations internationales [ayant fait la déclaration prévue à l'article II, paragraphe 5, du statut du Tribunal], sous réserve des dispositions ... qui, dans les causes intéressant l'une desdites organisations, sont applicables dans les termes [énoncés dans cette annexe]». En ce qui concerne l'article XII du statut, il convient de noter que seul son paragraphe 1 est ainsi modifié par l'annexe. Son paragraphe 2 n'y est pas énoncé et reste donc applicable sans changement à ces organisations. C'est ainsi que le texte de l'article XII de l'annexe cité par le FIDA comprend deux paragraphes. Dans le présent avis consultatif, lorsque la Cour se référera à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, il sera entendu que ledit article comprend aussi bien le paragraphe 1 tel que modifié que le paragraphe 2 originel de l'article XII du statut.

the Global Mechanism are separate legal entities and that the Complainant was a member of the staff of the Global Mechanism, and considering all the relevant documents, rules and principles, was the ILOAT's statement, made in support of its decision confirming its jurisdiction, that 'the Global Mechanism is to be assimilated to the various administrative units of the Fund for all administrative purposes' and that the 'effect of this is that administrative decisions taken by the Managing Director in relation to staff in the Global Mechanism are, in law, decisions of the Fund' outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

III. Was the ILOAT's general statement, made in support of its decision confirming its jurisdiction, that 'the personnel of the Global Mechanism are staff members of the Fund' outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the !LOAT?

IV. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to entertain the Complainant's plea alleging an abuse of authority by the Global Mechanism's Managing Director outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

V. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to entertain the Complainant's plea that the Managing Director's decision not to renew the Complainant's contract constituted an error of law outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

VI. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to interpret the Memorandum of Understanding between the Conference of the Parties to the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa and IFAD (hereby the MoU), the Convention, and the Agreement Establishing IFAD beyond its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

VII. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to determine that by discharging an intermediary and supporting role under the MoU, the President was acting on behalf of IFAD outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

VIII. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to substitute the discretionary decision of the Managing Director of the Global Mechanism with its own outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

IX. What is the validity of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867?'"

2. On 26 April 2010, in accordance with Article 66, paragraph 1, of the Statute of the Court, notice of the request for an advisory opinion was given to all States entitled to appear before the Court.

nisme mondial sont des entités juridiques distinctes et que la requérante était membre du personnel du Mécanisme mondial, et en considération de tous les documents, règles et principes pertinents, l'assertion du Tribunal, en appui à sa décision affirmant sa compétence, selon laquelle «le Mécanisme mondial doit, à toutes fins administratives, être assimilé aux divers services administratifs du Fonds» et que «la conséquence en est que les décisions administratives prises par le directeur général au sujet du personnel du Mécanisme mondial sont, en droit, des décisions du Fonds», relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

III. L'assertion générale du Tribunal, en appui à sa décision affirmant sa compétence, selon laquelle «les membres du personnel du Mécanisme mondial sont des fonctionnaires du Fonds», relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

IV. La décision du Tribunal affirmant sa compétence pour examiner l'argument de la requérante selon lequel la décision du directeur général du Mécanisme mondial était entachée d'abus de pouvoir relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

V. La décision du Tribunal affirmant sa compétence pour examiner l'argument de la requérante selon lequel la décision du directeur général de ne pas renouveler le contrat de la requérante constituait une erreur de droit relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

VI. La décision du Tribunal affirmant sa compétence pour interpréter le Mémorandum d'accord entre la Conférence des parties à la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, et le FIDA (ci-après dénommé le Mémorandum), la Convention et l'Accord portant création du FIDA relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

VII. La décision du Tribunal affirmant sa compétence pour déterminer que, en s'acquittant d'un rôle d'intermédiaire et de soutien, en application du Mémorandum, le président agissait au nom du FIDA relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

VIII. La décision du Tribunal affirmant sa compétence pour substituer à la décision discrétionnaire du directeur général du Mecanisme mondial sa propre décision relevait-elle de sa compétence et/ou constituait-elle une faute essentielle [dans] la procédure suivie par le Tribunal?

IX. La décision rendue par le Tribunal dans son jugement n° 2867 est-elle recevable[2]?»»

2. Le 26 avril 2010, conformément au paragraphe 1 de l'article 66 du Statut, la demande d'avis consultatif a été notifiée à tous les Etats admis à ester devant la Cour.

[2] Le terme «recevable» est celui utilisé dans la version française de la résolution fournie par le FIDA; dans le présent avis consultatif, la Cour lui préférera le terme «valide», conforme à la terminologie retenue à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT.

3. By an Order dated 29 April 2010, in accordance with Article 66, paragraph 2, of its Statute, the Court decided that IFAD and its member States entitled to appear before the Court, the States parties to the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereinafter the "UNCCD" or the "Convention") entitled to appear before the Court and those specialized agencies of the United Nations which had made a declaration recognizing the jurisdiction of the ILOAT pursuant to Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal were likely to be able to furnish information on the questions submitted to the Court for an advisory opinion. By that same Order, the Court fixed, respectively, 29 October 2010 as the time-limit within which written statements might be presented to it on the questions, and 31 January 2011 as the time-limit within which States and organizations having presented written statements might submit written comments on the other written statements, in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute of the Court.

The Court also decided that the President of IFAD should transmit to the Court, within the same time-limits, any statement setting forth the views of Ms Ana Teresa Saez García, the Complainant in the proceedings against the Fund before the ILOAT, which she might wish to bring to the attention of the Court, as well as any possible comments she might have on the other written statements.

4. By letters dated 3 May 2010, pursuant to Article 66, paragraph 2, of the Statute of the Court, the Registrar notified the above-mentioned States and organizations of the Court's decisions and transmitted to them a copy of the Order.

5. Pursuant to Article 65, paragraph 2, of the Statute of the Court, IFAD communicated to the Court a dossier of documents likely to throw light upon the questions; these documents reached the Registry on 2 August 2010. The dossier was subsequently placed on the Court's website.

6. Within the time-limit fixed by the Court for that purpose, written statements were presented, in order of their receipt, by IFAD and by the Plurinational State of Bolivia. Also within that time-limit, the General Counsel of IFAD transmitted a statement setting forth the views of Ms Saez García. On 1 November 2010, the Registrar communicated to IFAD a copy of the written statement of the Plurinational State of Bolivia, a second copy of which was included to be provided to Ms Saez García. On the same date, the Registrar communicated to the Plurinational State of Bolivia copies of the written statement of IFAD and of the statement of Ms Saez García.

7. By a letter dated 21 January 2011 and received in the Registry on the same day, the General Counsel of IFAD, referring to forthcoming consultations between the Fund and the Bureau of the Conference of the Parties of the UNCCD (hereinafter the "COP") relating to the very subject-matter of the proceedings before the Court, requested that the time-limit for the submission of written comments be extended, in order that comments on behalf of the Fund might be submitted "immediately following such consultations and after the thirty-fourth session of the IFAD Governing Council . . . and the first session of the Consultation for the Ninth Replenishment of the Resources of the Fund . . .". Accordingly, the President of the Court, by Order of 24 January 2011, extended to 11 March 2011 the time-limit within which written comments might be submitted on the other written statements, in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute of the Court, and within which any possible comments by Ms Saez García might be presented to the Court.

8. Within the time-limit so extended, the General Counsel of IFAD communicated to the Court the written comments of IFAD and transmitted to the Court

3. Par ordonnance en date du 29 avril 2010, la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 66 de son Statut, a décidé que le FIDA et ses Etats membres admis à ester devant elle, les Etats parties à la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (ci-après dénommée la «convention sur la désertification»), et admis à ester devant elle, ainsi que les institutions spécialisées des Nations Unies ayant fait une déclaration reconnaissant la compétence du TAOIT en vertu du paragraphe 5 de l'article II de son statut, étaient susceptibles de fournir des renseignements sur les questions qui lui étaient soumises pour avis consultatif. Par la même ordonnance, la Cour a fixé au 29 octobre 2010 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits sur ces questions pourraient lui être présentés, et au 31 janvier 2011 la date d'expiration du délai dans lequel les Etats ou organisations qui auraient présenté un exposé écrit pourraient soumettre des observations écrites sur les autres exposés écrits, conformément au paragraphe 4 de l'article 66 de son Statut.

La Cour a également décidé que le président du Fonds devrait lui transmettre, dans les mêmes délais, tout exposé de l'opinion que M^me^ Ana Teresa Saez García, requérante dans la procédure l'opposant au Fonds devant le Tribunal, souhaiterait porter à la connaissance de la Cour, ainsi que ses observations éventuelles sur les autres exposés écrits.

4. Par lettres en date du 3 mai 2010, le greffier, en application du paragraphe 2 de l'article 66 du Statut de la Cour, a notifié aux Etats et organisations sus-indiqués les décisions de la Cour et leur a fait tenir copie de l'ordonnance.

5. Conformément au paragraphe 2 de l'article 65 du Statut, le FIDA a communiqué à la Cour un dossier de documents pouvant servir à élucider les questions; ces documents sont parvenus au Greffe le 2 août 2010. Le dossier a ensuite été publié sur le site Internet de la Cour.

6. Dans le délai fixé par la Cour à cette fin, des exposés écrits ont été déposés, selon l'ordre de réception, par le FIDA et par l'Etat plurinational de Bolivie. Dans le même délai, le conseiller juridique du FIDA a transmis un exposé de l'opinion de M^me^ Saez García. Le 1^er^ novembre 2010, le greffier a communiqué au FIDA l'exposé écrit de l'Etat plurinational de Bolivie en deux exemplaires, dont l'un était destiné à M^me^ Saez García. Le même jour, il a communiqué à l'Etat plurinational de Bolivie copie de l'exposé écrit du FIDA et de l'exposé de M^me^ Saez García.

7. Par lettre datée du 21 janvier 2011 et reçue au Greffe le même jour, le conseiller juridique du FIDA, se référant à des consultations touchant à l'objet même de la procédure devant la Cour qui devaient avoir lieu entre le FIDA et le Bureau de la conférence des parties à la convention (ci-après dénommée la «conférence des parties» ou la «conférence»), a demandé un report de la date d'expiration du délai pour la présentation des observations écrites, afin que lesdites observations puissent être présentées au nom du Fonds «immédiatement après ces consultations et après la trente-quatrième session du Conseil d'administration du FIDA ... et la première session de la consultation sur la neuvième reconstitution des ressources du Fonds...». En conséquence, le président de la Cour a, par ordonnance du 24 janvier 2011, reporté au 11 mars 2011 la date d'expiration du délai dans lequel des observations écrites pourraient être présentées sur les autres exposés écrits, conformément au paragraphe 4 de l'article 66 du Statut, et du délai dans lequel les éventuelles observations de M^me^ Saez García pourraient être présentées à la Cour.

8. Dans le délai ainsi prorogé, le conseiller juridique du FIDA a communiqué à la Cour les observations écrites du FIDA et lui a transmis celles de M^me^ Saez García.

the comments of Ms Saez García. In the letter dated 9 March 2011 accompanying the first of these documents, the General Counsel also requested that the Court make the written statements and comments accessible to the public, that the Court seek the views of the COP and that the Court hold oral proceedings.

On 14 March 2011, the Registrar transmitted to the Plurinational State of Bolivia a copy of the written comments of IFAD and of Ms Saez García.

9. In a letter dated 24 March 2011 addressed to the Registrar, the counsel for Ms Saez García stated, with respect to the requests made by the General Counsel of IFAD in his above-mentioned letter dated 9 March 2011 (see paragraph 8), that his client had no objection to the Court making the written statements and comments accessible to the public, but that she wished to express her disagreement with the other two requests expressed by the General Counsel in that letter.

10. By a letter dated 30 March 2011, the Registrar informed counsel for Ms Saez García that, in proceedings concerning the review of judgments of administrative tribunals, it was not possible for the complainant before such a tribunal to address directly to the Court communications for its consideration, and that any communication coming from Ms Saez García in the case should be transmitted to the Court through IFAD.

11. By letters from the Registrar dated 13 April 2011, the General Counsel of IFAD and counsel for Ms Saez García were informed that, in accordance with normal practice in such cases, the Court did not intend to hold public hearings. In the letter to the General Counsel of IFAD, the Registrar, on the instructions of the Court, also requested the former to transmit to him documents that were attached both to the complaint of Ms Saez García submitted to the ILOAT on 8 July 2008 and to IFAD's Reply dated 12 September 2008, and which had not already been transmitted to the Court. The Registrar further requested the General Counsel to provide the Court with a copy of the employment contract of the Managing Director of the Global Mechanism of the UNCCD (hereinafter the "Global Mechanism") for the years 2005 and 2006.

12. By another letter dated 13 April 2011, on the instructions of the Court, the Registrar also requested that the General Counsel of IFAD duly provide to the Court, without any control being exercised over their content, any communications from Ms Saez García relating to the request for an advisory opinion that she might wish to submit to it. In his letter to counsel for Ms Saez García, mentioned in the previous paragraph, the Registrar reiterated that any further communications directed to the Court were to be transmitted to it through IFAD.

13. By a letter dated 6 May 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court a set of documents, attesting that those documents, combined with the documents which had been submitted by IFAD on 2 August 2010 (see paragraph 5 above), "comprise[d] the entire procedure before the Administrative Tribunal of the International Labour Organization". The employment contract of the Managing Director of the Global Mechanism for the years 2005 and 2006 was not transmitted as requested by the Court, the General Counsel stating in his letter that IFAD, as the housing entity of the Global Mechanism, was not authorized to disclose the employment contract of the latter's Managing Director, and that even if IFAD had such authority, it could not disclose such a document without the authorization of the person concerned.

14. By a letter of 28 June 2011 to the General Counsel of IFAD, the Registrar indicated that, after an examination of the materials received relating to the procedure before the ILOAT, it appeared that 24 documents were still missing.

Dans la lettre en date du 9 mars 2011 sous le couvert de laquelle le premier de ces documents était adressé à la Cour, le conseiller juridique a également prié celle-ci de rendre les exposés écrits et observations écrites accessibles au public, de s'enquérir des vues de la conférence des parties et de bien vouloir tenir une procédure orale.

Le 14 mars 2011, le greffier a transmis à l'Etat plurinational de Bolivie copie des observations écrites du FIDA et de Mme Saez García.

9. Dans une lettre datée du 24 mars 2011 et adressée au greffier, le conseil de Mme Saez García a indiqué, au sujet des demandes formulées par le conseiller juridique du FIDA dans sa lettre susmentionnée en date du 9 mars 2011 (voir paragraphe 8), que sa cliente ne voyait aucune objection à ce que la Cour rende les exposés écrits et les observations écrites accessibles au public, mais qu'elle était opposée aux deux autres demandes formulées par le conseiller juridique dans cette lettre.

10. Par lettre en date du 30 mars 2011, le greffier a informé le conseil de Mme Saez García que, dans le cadre d'une procédure de réformation du jugement d'un tribunal administratif, il n'était pas loisible au requérant devant un tel tribunal d'adresser directement à la Cour des communications pour examen et que toute communication émanant de Mme Saez García devait être transmise à la Cour par l'intermédiaire du FIDA.

11. Par des lettres du greffier en date du 13 avril 2011, le conseiller juridique du FIDA et le conseil de Mme Saez García ont été informés que la Cour, suivant en cela une pratique constante en pareil cas, n'avait pas l'intention de tenir d'audiences publiques. Dans le courrier adressé au conseiller juridique du FIDA, le greffier, sur les instructions de la Cour, a en outre prié celui-ci de lui transmettre les documents qui étaient annexés à la requête soumise par Mme Saez García au TAOIT le 8 juillet 2008 ainsi qu'à la réponse du FIDA en date du 12 septembre 2008, mais qui n'avaient pas encore été transmis à la Cour. Le greffier a également demandé au conseiller juridique de faire tenir à la Cour copie du contrat d'engagement du directeur général du Mécanisme mondial de la convention (ci-après dénommé le «Mécanisme mondial») pour les années 2005 et 2006.

12. Par une autre lettre en date du 13 avril 2011, le greffier, sur les instructions de la Cour, a par ailleurs prié le conseiller juridique du FIDA de faire dûment tenir à la Cour, sans exercer aucune forme de contrôle sur leur contenu, toutes les communications que Mme Saez García pourrait vouloir lui adresser au sujet de la demande d'avis consultatif. Dans sa lettre au conseil de Mme Saez García, mentionnée au paragraphe précédent, le greffier a rappelé que toute nouvelle communication destinée à la Cour devrait lui être transmise par l'intermédiaire du FIDA.

13. Par lettre en date du 6 mai 2011, le conseiller juridique du FIDA a communiqué à la Cour une série de documents, affirmant que ceux-ci, avec ceux déposés par le FIDA le 2 août 2010 (voir paragraphe 5 ci-dessus), couvraient «l'intégralité de la procédure devant le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail». Le contrat d'engagement du directeur général du Mécanisme mondial pour les années 2005 et 2006, sollicité par la Cour, ne figurait pas parmi les documents transmis, le conseiller juridique ayant indiqué dans sa lettre que, en tant qu'organisation d'accueil du Mécanisme mondial, le FIDA n'était pas autorisé à communiquer un tel document, et que, quand bien même il en aurait le pouvoir, il ne pourrait le divulguer sans l'accord de l'intéressé.

14. Par lettre du 28 juin 2011, le greffier a indiqué au conseiller juridique du FIDA que, après examen du dossier relatif à la procédure engagée devant le Tribunal, tel que soumis à la Cour, il était apparu que vingt-quatre documents

Under cover of a letter dated 7 July 2011, the General Counsel of IFAD provided these 24 documents.

15. By a letter dated 20 July 2011, the Registrar informed the General Counsel of IFAD that the Court, in application of its powers under Article 49 of its Statute, called upon the Fund to produce copies of the employment contract for the years 2005 and 2006 of the Managing Director of the Global Mechanism. Under cover of a letter dated 29 July 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court that employment contract, as well as subsequent employment contracts of the Managing Director, accompanied by a letter from the Managing Director authorizing the disclosure of those employment contracts for use by the Court. By this same letter, the General Counsel requested the Court to authorize IFAD to present additional observations and documents to the Court relating to those contracts.

16. By letter dated 21 July 2011, on the instructions of the President, the Registrar communicated to the General Counsel of IFAD a question addressed by a Member of the Court to the Fund and, through it, to Ms Saez García. By letters dated 26 August 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court the response of the Fund to that question, transmitted to the Court the response of Ms Saez García to that question and reiterated the Fund's request that the Court hold oral proceedings in the case. Under cover of a letter also dated 26 August 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court a copy of Judgment No. 3003 of the ILOAT, delivered on 6 July 2011, whereby the Tribunal dismissed IFAD's application for suspension of the execution of Judgment No. 2867 pending the delivery of the advisory opinion of the Court.

17. By a letter dated 1 September 2011, the General Counsel of IFAD requested the Court to authorize the Fund to produce other additional documents.

18. By a letter dated 23 September 2011, the Registrar informed the General Counsel of IFAD that, with regard to the requests made on behalf of IFAD in his letter dated 9 March 2011 accompanying the written comments of the Fund (see paragraph 8 above) and in his letters dated 29 July 2011 (see paragraph 15 above), 26 August 2011 (see paragraph 16 above), and 1 September 2011 (see paragraph 17 above), the Court had reconfirmed that no oral proceedings would be held, had decided that IFAD should not be authorized to present additional observations or documents to the Court, and had decided to make the written statements and comments, with annexed documents, accessible to the public, with immediate effect. Accordingly, under cover of letters dated 28 September 2011, electronic copies (on CD-ROM) of those documents were provided to all States and international organizations having been considered by the Court likely to be able to furnish information on the questions submitted to it. The written statements and comments (without annexes) were also placed on the website of the Court.

* * *

I. THE COURT'S JURISDICTION

19. The resolution of the Executive Board of IFAD requesting an advisory opinion in this case quotes Article XII of the Annex to the Stat-

manquaient encore. Sous le couvert d'une lettre en date du 7 juillet 2011, le conseiller juridique du FIDA a fait tenir à la Cour ces vingt-quatre documents.

15. Par lettre en date du 20 juillet 2011, le greffier a informé le conseiller juridique du FIDA que la Cour, en application des pouvoirs que lui confère l'article 49 de son Statut, requérait la production par le FIDA d'une copie du contrat d'engagement, pour les années 2005 et 2006, du directeur général du Mécanisme mondial. Sous le couvert d'une lettre en date du 29 juillet 2011, le conseiller juridique du FIDA a fourni à la Cour ledit contrat d'engagement, ainsi que les contrats ultérieurs du directeur général, accompagnés d'une lettre de l'intéressé autorisant la communication de ces contrats aux fins des travaux de la Cour. Dans la même lettre, le conseiller juridique priait la Cour d'autoriser le FIDA à présenter des observations et des documents supplémentaires à la Cour en relation avec lesdits contrats.

16. Par lettre en date du 21 juillet 2011, le greffier, sur les instructions du président, a transmis au conseiller juridique du FIDA une question adressée par un membre de la Cour au Fonds et, par son entremise, à M^me^ Saez García. Par lettres en date du 26 août 2011, le conseiller juridique a communiqué à la Cour la réponse du Fonds à cette question, transmis celle de M^me^ Saez García et renouvelé la demande du Fonds tendant à la tenue d'une procédure orale en l'affaire. Sous le couvert d'une lettre également datée du 26 août 2011, le conseiller juridique du FIDA a fait tenir à la Cour copie du jugement n° 3003 du TAOIT, rendu le 6 juillet 2011, par lequel celui-ci rejetait la requête du FIDA visant à ce qu'il soit sursis à l'exécution du jugement n° 2867 en attendant le prononcé de l'avis consultatif de la Cour.

17. Par lettre en date du 1^er^ septembre 2011, le conseiller juridique du FIDA a prié la Cour d'autoriser le Fonds à produire des documents supplémentaires.

18. Par lettre en date du 23 septembre 2011, le greffier a informé le conseiller juridique du FIDA que, s'agissant des demandes présentées au nom du Fonds dans sa lettre du 9 mars 2011 accompagnant les observations écrites de celui-ci (voir paragraphe 8 ci-dessus), ainsi que dans ses lettres du 29 juillet 2011 (voir paragraphe 15 ci-dessus), du 26 août 2011 (voir paragraphe 16 ci-dessus) et du 1^er^ septembre 2011 (voir paragraphe 17 ci-dessus), la Cour avait confirmé une nouvelle fois qu'aucune procédure orale n'aurait lieu, qu'elle avait décidé de ne pas autoriser le FIDA à lui présenter des observations ou documents supplémentaires, et qu'elle avait en outre décidé de rendre les exposés écrits et observations écrites, y compris les documents annexés, accessibles au public avec effet immédiat. En conséquence, sous le couvert de lettres en date du 28 septembre 2011, des copies électroniques (sur CD-ROM) desdits documents ont été communiquées à l'ensemble des Etats et des organisations internationales que la Cour avait jugés susceptibles de fournir des renseignements sur les questions qui lui étaient soumises. Les exposés écrits et observations écrites (sans leurs annexes) ont également été publiés sur le site Internet de la Cour.

* * *

I. LA COMPÉTENCE DE LA COUR

19. Dans la résolution par laquelle il a demandé le présent avis consultatif, le conseil d'administration du FIDA, citant l'article XII de l'annexe

ute of the ILOAT and states that it "wishes to avail itself of the provisions of the said Article". That Article is in the following terms:

> "1. In any case in which the Executive Board of an international organization which has made the declaration specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal challenges a decision of the Tribunal confirming its jurisdiction, or considers that a decision of the Tribunal is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed, the question of the validity of the decision given by the Tribunal shall be submitted by the Executive Board concerned, for an advisory opinion, to the International Court of Justice.
> 2. The opinion given by the Court shall be binding."

20. The Court recalls that, by a letter dated 4 October 1988, the President of IFAD informed the Director General of the International Labour Organization (hereinafter the "ILO") that the Executive Board of IFAD had made the declaration required by Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal recognizing the jurisdiction of the Tribunal. The Governing Body of the International Labour Office (the Office is the secretariat of the ILO) approved the declaration on 18 November 1988, and the Fund's acceptance of jurisdiction took effect from 1 January 1989.

21. The Court first considers whether it has jurisdiction to reply to the request. While its jurisdiction was not challenged, the Court notes that Ms Saez García contended that some of the questions posed by IFAD in its request do not fall within the scope of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT. The Court observes that the power of the Executive Board to request an advisory opinion and the jurisdiction of the Court to give the opinion are founded on the Charter of the United Nations and the Statute of the Court and not on Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT alone. Under Article 65, paragraph 1, of its Statute,

> "[t]he Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request".

The General Assembly and the Security Council are authorized by Article 96, paragraph 1, of the Charter to request an advisory opinion on "any legal question"; and, under Article 96, paragraph 2,

> "[o]ther organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities".

22. That is to say, the General Assembly is given a gatekeeping role. It is only in terms of its authorization, given under Article 96, paragraph 2,

au statut du TAOIT, déclare qu'il «souhaite se prévaloir des dispositions dudit article». Cet article est ainsi libellé:

> «1. Au cas où le conseil exécutif d'une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue à l'article II, paragraphe 5, du statut du Tribunal conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou considère qu'une décision dudit Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le Tribunal sera soumise par ledit conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de Justice.
>
> 2. L'avis rendu par la Cour aura force obligatoire.»

20. Il convient de rappeler que, par lettre en date du 4 octobre 1988, le président du FIDA a informé le directeur général de l'Organisation internationale du Travail (ci-après dénommée l'«OIT») que le conseil d'administration du FIDA avait fait la déclaration requise au paragraphe 5 de l'article II du statut du Tribunal pour reconnaître la compétence de ce dernier. Le conseil d'administration du Bureau international du Travail (le Bureau constitue le secrétariat de l'OIT) a approuvé la déclaration le 18 novembre 1988, et l'acceptation de la compétence du Tribunal par le Fonds a pris effet le 1er janvier 1989.

21. La Cour examinera tout d'abord la question de savoir si elle a compétence pour répondre à la demande. S'il est vrai que cette compétence n'a pas été contestée, la Cour note que, de l'avis de Mme Saez García, certaines des questions posées par le FIDA dans cette demande n'entrent pas dans les prévisions de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT. La Cour relève que le pouvoir du conseil d'administration de demander un avis consultatif et la compétence de la Cour pour donner un tel avis sont fondés sur la Charte des Nations Unies et sur son propre Statut, et non simplement sur l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut,

> «[l]a Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis».

Le paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte autorise l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité à demander un avis consultatif sur «toute question juridique»; en outre, en vertu du paragraphe 2 de l'article 96,

> «[t]ous autres organes de l'Organisation et institutions spécialisées qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité».

22. En d'autres termes, l'Assemblée générale se voit confier le rôle de gardienne de l'accès à la Cour. Ce n'est que dans le cadre de son autorisa-

that requests can be made by organs other than the Assembly itself and the Security Council, as the Court has already pointed out in its Advisory Opinion of 23 October 1956 (see *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion* (hereinafter the "1956 Advisory Opinion"), *I.C.J. Reports 1956*, pp. 83-84; see also *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, pp. 333-334, para. 21).

23. The General Assembly, by resolution 32/107 of 15 December 1977, approved the Relationship Agreement between the United Nations and the International Fund for Agricultural Development (hereinafter the "Relationship Agreement"). Under Article I of the Relationship Agreement, the United Nations recognized the Fund as a specialized agency in accordance with Articles 57 and 63 of the Charter and Article 8 of the Agreement of 13 June 1976 establishing IFAD (hereinafter the "Agreement establishing IFAD"). In Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement, the General Assembly authorized the Fund to request advisory opinions:

> "The General Assembly of the United Nations authorizes the Fund to request advisory opinions of the International Court of Justice on legal questions arising within the scope of the Fund's activities, other than questions concerning the mutual relationships of the Fund and the United Nations or other specialized agencies. Such requests may be addressed to the Court by the Governing Council of the Fund, or by its Executive Board acting pursuant to an authorization by the Governing Council. The Fund shall inform the Economic and Social Council of any such request it addresses to the Court."

The Relationship Agreement came into force on 15 December 1977, the date of its approval by the General Assembly. The Court notes that the record before it does not include any communication from IFAD informing the Economic and Social Council of its request for an advisory opinion.

24. On the following day, 16 December 1977, the Governing Council of the Fund, in exercise of the power conferred on it by Article 6, Section 2 *(c)*, of the Agreement establishing IFAD, by resolution 77/2, "[a]uthorize[d] the Executive Board to exercise all the powers of the Council", with the exception of certain specified powers and those reserved by the Agreement to the Council. That delegation was amended by Council resolution 86/XVIII of 26 January 1995 with effect from 20 February 1997. The power to request advisory opinions was not excluded from the delegation. No issue arises in respect of the delegation of that power by the Council to the Board.

25. As already noted (see paragraph 19), the Executive Board of IFAD, in its resolution requesting an advisory opinion in this case, expresses its

tion, accordée en vertu du paragraphe 2 de l'article 96, que des organes autres qu'elle-même ou le Conseil de sécurité peuvent demander un tel avis, ainsi que la Cour l'a déjà relevé dans son avis consultatif du 23 octobre 1956 (voir *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif* (ci-après dénommé l'«avis consultatif de 1956»), *C.I.J. Recueil 1956*, p. 83-84; voir aussi *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982*, p. 333-334, par. 21).

23. Par sa résolution 32/107 du 15 décembre 1977, l'Assemblée générale a approuvé l'accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et le Fonds international de développement agricole (ci-après dénommé l'«accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA»). Aux termes de l'article premier de cet accord, l'Organisation des Nations Unies reconnaissait au Fonds la qualité d'institution spécialisée conformément aux articles 57 et 63 de la Charte et à l'article 8 de l'accord du 13 juin 1976 portant création du FIDA (ci-après dénommé l'«accord portant création du FIDA»). Au paragraphe 2 de l'article XIII de l'accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA, l'Assemblée générale autorise le Fonds à demander des avis consultatifs:

> «L'Assemblée générale des Nations Unies autorise le Fonds à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice sur les questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de l'activité du Fonds, à l'exception de celles concernant les relations réciproques entre le Fonds et l'Organisation des Nations Unies ou d'autres institutions spécialisées. Ces demandes peuvent être adressées à la Cour par le Conseil des gouverneurs du Fonds ou par son Conseil d'administration agissant en vertu d'une délégation d'autorité du Conseil des gouverneurs. Le Fonds informe le Conseil économique et social de toute demande de ce genre qu'il adresse à la Cour.»

L'accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA est entré en vigueur le 15 décembre 1977, date de son approbation par l'Assemblée générale. La Cour note que le dossier dont elle est saisie ne contient pas de communication du Fonds informant le Conseil économique et social de sa demande d'avis consultatif.

24. Le jour suivant, le 16 décembre 1977, le conseil des gouverneurs du Fonds, exerçant le pouvoir que lui confère l'alinéa *c)* de la section 2 de l'article 6 de l'accord portant création du FIDA, a adopté sa résolution 77/2 «[a]utoris[ant] le conseil d'administration à exercer tous [s]es pouvoirs», à l'exception de certains pouvoirs spécifiquement mentionnés et de ceux qui lui étaient réservés par l'accord. Cette délégation de pouvoirs a été modifiée par la résolution 86/XVIII du conseil des gouverneurs en date du 26 janvier 1995, qui a pris effet le 20 février 1997. Le pouvoir de demander des avis consultatifs n'en a pas été exclu. La délégation de ce pouvoir au conseil d'administration ne soulève aucune difficulté.

25. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir paragraphe 19), le conseil d'administration du FIDA, dans la résolution par laquelle il demande le pré-

wish to avail itself of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT. While the resolution does not also refer to the authorization granted by the General Assembly under Article 96, paragraph 2, of the Charter, that authorization, as the Court has already stated, is a necessary condition to the making of such a request. The Court takes the opportunity to emphasize that the ILO could not, when it adopted the Tribunal's Statute, give its organs, or other institutions, the authority to challenge decisions of the Tribunal by way of a request for an advisory opinion.

26. The terms of Article 96, paragraph 2, of the Charter, Article 65, paragraph 1, of the Statute of the Court and the authorization given to the Fund by Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement state certain requirements which are to be met if an opinion is to be requested. In terms of those requirements, the Fund's request for review of a judgment concerning its hosting of the Global Mechanism and the question of whether it employed Ms Saez Garcia do present "legal questions" which "arise within the scope of the Fund's activities". The authorization given to IFAD by Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement excludes "questions concerning the mutual relationships of the Fund and the United Nations or other specialized agencies". That exclusion, which is included in all authorizations given by the General Assembly to specialized agencies, reflects the co-ordinating role of the Economic and Social Council under Chapter X of the Charter. That role was expressly mentioned by the General Assembly in the authorization it gave to the Council to request advisory opinions (resolution 89 (I) of 11 December 1946). The exclusion does not prevent the Court from considering the relationships between the Fund and the Global Mechanism or the COP, which are not specialized agencies, so far as these relationships are raised by the questions put to the Court by IFAD.

27. Accordingly, the Court concludes that, in terms of the relevant provisions of the Charter, the Statute of the Court and the authorization given under the Relationship Agreement, the Fund has the power to submit for an advisory opinion the question of the validity of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867 and that the Court has jurisdiction to consider the request for an advisory opinion. The scope of that jurisdiction is however subject to the effect in the present case of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, a matter to which the Court now turns.

* *

II. Scope of the Court's Jurisdiction

28. Under Article VI, paragraph 1, of the Statute of the ILOAT, the judgment of the Tribunal relating to a complaint brought by an official is

sent avis consultatif, entend se prévaloir des dispositions de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT. Bien que la résolution ne renvoie pas également à l'autorisation de l'Assemblée générale visée au paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte, cette autorisation, comme la Cour l'a déjà relevé, constitue un préalable indispensable à toute demande d'avis. La Cour saisit cette occasion pour souligner que l'OIT, lorsqu'elle a adopté le statut du Tribunal, ne pouvait pas accorder à ses organes, ou à d'autres institutions, le pouvoir de contester les décisions dudit Tribunal par le biais d'une demande d'avis consultatif.

26. Le paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte, le paragraphe 1 de l'article 65 du Statut de la Cour et l'autorisation accordée au Fonds par le paragraphe 2 de l'article XIII de l'accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA énoncent certaines exigences qui doivent être satisfaites pour qu'un avis puisse être demandé. Au regard de ces exigences, le fait que le Fonds demande la réformation d'un jugement concernant son statut d'organisation d'accueil du Mécanisme mondial et le point de savoir s'il était l'employeur de M^me^ Saez García soulèvent effectivement certaines «questions juridiques» qui «se pose[nt] dans le cadre de l'activité du Fonds». L'autorisation accordée au Fonds par le paragraphe 2 de l'article XIII de l'accord exclut les «questions ... concernant les relations réciproques entre le Fonds et l'Organisation des Nations Unies ou d'autres institutions spécialisées». Cette exclusion, qui figure dans toutes les autorisations données par l'Assemblée générale à des institutions spécialisées, reflète le rôle de coordination dévolu au Conseil économique et social en vertu du chapitre X de la Charte — rôle dont l'Assemblée générale a fait expressément état lorsqu'elle a autorisé ledit Conseil à demander des avis consultatifs (résolution 89 I) du 11 décembre 1946). Mais elle n'empêche pas la Cour d'examiner les relations du Fonds avec le Mécanisme mondial ou la conférence des parties, qui ne sont pas des institutions spécialisées, dans la mesure où ces relations sont pertinentes au regard des questions soumises à la Cour par le FIDA.

27. En conséquence, la Cour conclut, compte tenu des dispositions pertinentes de la Charte, du Statut de la Cour et de l'autorisation accordée dans le cadre de l'accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA, que le Fonds a le pouvoir de soumettre, pour avis consultatif, la question de la validité de la décision rendue par le TAOIT dans son jugement n° 2867 et qu'elle a compétence pour examiner la demande d'avis. L'étendue de cette compétence est toutefois subordonnée à l'effet de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT dans la présente procédure, question que la Cour va maintenant examiner.

* *

II. L'ÉTENDUE DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

28. En vertu du paragraphe 1 de l'article VI du statut du TAOIT, le jugement rendu par le Tribunal sur la requête d'un fonctionnaire est défi-

final and without appeal. However, pursuant to Article XII, paragraph 1, of the Statute of the ILOAT and Article XII, paragraph 1, of its Annex, respectively, the ILO and international organizations having made the declaration recognizing the jurisdiction of the ILOAT may nonetheless challenge the ILOAT judgment within the terms of these provisions. Under Article XII, paragraph 2, of the Statute of the ILOAT and of its Annex, the opinion of this Court given in terms of those provisions is "binding". As the Court said in the 1956 Advisory Opinion, that effect goes beyond the scope attributed by the Charter and the Statute of the Court to an advisory opinion. It does not affect the way in which the Court functions; that continues to be determined by its Statute and Rules (*I.C.J. Reports 1956*, p. 84; see also *Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (1)*, pp. 76-77, paras. 24-25).

29. The power of the Court to review a judgment of the ILOAT by reference to Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT at the request of the relevant specialized agency is limited to two grounds: that the Tribunal wrongly confirmed its jurisdiction or the decision is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed. In the 1956 Advisory Opinion, the Court emphasized the limits of the first of these grounds:

> "The circumstance that the Tribunal may have rightly or wrongly adjudicated on the merits or that it may have rightly or wrongly interpreted and applied the law for the purposes of determining the merits, in no way affects its jurisdiction. The latter is to be judged in the light of the answer to the question whether the complaint was one the merits of which fell to be determined by the Administrative Tribunal in accordance with the provisions governing its jurisdiction. That distinction between jurisdiction and merits is of great importance in the legal régime of the Administrative Tribunal. Any mistakes which it may make with regard to its jurisdiction are capable of being corrected by the Court on a Request for an Advisory Opinion emanating from the Executive Board. Errors of fact or of law on the part of the Administrative Tribunal in its Judgments on the merits cannot give rise to that procedure. The only provision which refers to its decisions on the merits is Article VI of the Statute of the Tribunal which provides that its judgments shall be 'final and without appeal'." (*I.C.J. Reports 1956*, p. 87.)

The review, the Court said later in the same Opinion, is not in the nature of an appeal on the merits of the judgment; the challenge cannot properly be transformed into a procedure against the manner in which jurisdiction has been exercised or against the substance of the decision (*ibid.*, pp. 98-99).

30. The other ground for challenge — a fundamental fault in the procedure followed — concerns the procedure and not the substance of the judgment. When the Court was asked to review a judgment of the United

nitif et sans appel. Cependant, les paragraphes premiers de l'article XII dudit statut et de l'article XII de son annexe autorisent respectivement l'OIT et les organisations internationales ayant fait la déclaration d'acceptation de la compétence du TAOIT à contester le jugement du Tribunal selon les modalités prévues dans leurs dispositions. Aux termes du paragraphe 2 de ces articles, l'avis rendu par la Cour en vertu de ces dispositions a «force obligatoire». Comme la Cour l'a déclaré dans l'avis consultatif de 1956, cette conséquence dépasse la portée attachée par la Charte et le Statut de la Cour à un avis consultatif. Elle n'affecte pas le mode de fonctionnement de la Cour, qui reste fixé par son Statut et son Règlement (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 84; voir également *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 76-77, par. 24-25).

29. La Cour ne peut faire droit à une demande de réformation de jugement du TAOIT, qui lui a été adressée en vertu de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT par une institution spécialisée autorisée à le faire, que pour deux motifs: soit parce que le Tribunal a affirmé à tort sa compétence, soit parce que sa décision a été viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie. Dans l'avis consultatif de 1956, la Cour a mis l'accent sur les limites du premier de ces motifs:

> «Le fait que le Tribunal aurait bien ou mal jugé au fond, qu'il aurait bien ou mal interprété et appliqué le droit pour juger au fond n'affecte pas sa compétence. Celle-ci doit être appréciée en recherchant si la requête était de celles dont l'examen au fond relève de la connaissance du Tribunal administratif selon les dispositions gouvernant la compétence de celui-ci. Cette distinction entre la compétence et le fond est très importante dans le régime juridique du Tribunal administratif. Les erreurs que le Tribunal administratif peut être amené à commettre au sujet de sa compétence sont susceptibles d'être redressées par la Cour sur demande d'avis émanant du Conseil exécutif. Les erreurs de fait ou de droit que commettrait le Tribunal administratif dans ses jugements sur le fond ne peuvent pas donner lieu à une telle procédure: à ses jugements sur le fond s'applique purement et simplement la disposition de l'article VI du statut du Tribunal portant que les jugements de celui-ci sont «définitifs et sans appel».» (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 87.)

Dans la suite dudit avis, la Cour a indiqué que la procédure de réformation ne constituait pas un appel quant au fond du jugement et qu'elle ne pouvait être transformée en une procédure contre la façon dont la compétence avait été exercée ou contre le fond de la décision (*ibid.*, p. 98-99).

30. Le second motif de contestation — une faute essentielle dans la procédure suivie — concerne la procédure et non le fond du jugement. Invitée à réformer un jugement du Tribunal administratif des Nations

Nations Administrative Tribunal (hereinafter the "UNAT") in 1973, where the grounds for review included "a fundamental error in procedure which ha[d] occasioned a failure of justice", it stated that the essence of the concept,

> "in the cases before the Administrative Tribunal, may be found in the fundamental right of a staff member to present his case, either orally or in writing, and to have it considered by the Tribunal before it determines his rights. An error in procedure is fundamental and constitutes 'a failure of justice' when it is of such a kind as to violate the official's right to a fair hearing . . . and in that sense to deprive him of justice. To put the matter in that way does not provide a complete answer to the problem of determining precisely what errors in procedure are covered by the words of Article 11. But certain elements of the right to a fair hearing are well recognized and provide criteria helpful in identifying fundamental errors in procedure which have occasioned a failure of justice: for instance, the right to an independent and impartial tribunal established by law; the right to have the case heard and determined within a reasonable time; the right to a reasonable opportunity to present the case to the tribunal and to comment upon the opponent's case; the right to equality in the proceedings vis-à-vis the opponent; and the right to a reasoned decision." (*Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 209, para. 92.)

31. The Court observes at this stage that the procedural grounds in the two Statutes are stated differently. The ILOAT provision speaks of a decision "vitiated by a fundamental fault in the procedure followed" by the Tribunal while that in the UNAT Statute required a finding of "a fundamental error in procedure which has occasioned a failure of justice". That difference in wording, however, does not "alter the scope of this ground of challenge" (*ibid.*, p. 209, para. 91). The Court returns to this ground which is invoked in Questions II-VIII later in this Opinion (see paragraph 98 below).

32. Having determined that it has jurisdiction to answer the present request for an advisory opinion and indicated in a preliminary way the limits on the scope of its power of review in terms of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, the Court now considers whether in exercise of its discretion there is reason to refuse to answer that request.

* *

III. THE COURT'S DISCRETION

33. Article 65 of the Statute of the Court makes it clear that it has a discretion whether to reply to a request for an advisory opinion: "The

Unies (ci-après dénommé le «TANU») en 1973 au motif, entre autres, qu'avait été commise «une erreur essentielle dans la procédure qui a[vait] provoqué un mal-jugé», la Cour a déclaré ce qui suit:

> «dans les affaires dont connaît le Tribunal administratif, l'idée de base est qu'un fonctionnaire a le droit fondamental d'exposer sa cause, soit oralement soit par écrit, et d'être assuré que le Tribunal l'étudiera avant de statuer sur ses droits. Une erreur procédurale est essentielle et constitue «un mal-jugé» si elle aboutit à violer le droit du fonctionnaire à être impartialement entendu ... et, en ce sens, empêche que justice lui soit faite. En présentant les choses ainsi, on ne résout pas complètement le problème que pose la définition précise des erreurs procédurales visées à l'article 11, mais certains éléments du droit d'être impartialement entendu sont cependant bien connus et fournissent d'utiles critères pour déterminer les cas d'erreurs procédurales essentielles ayant provoqué un mal-jugé: on peut citer, par exemple, le droit d'avoir accès à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi; le droit d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable; le droit d'avoir, dans des conditions raisonnables, la faculté de présenter sa cause au tribunal et de commenter les thèses de l'adversaire; le droit à l'égalité avec celui-ci dans la procédure; et le droit d'obtenir une décision motivée.» (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 209, par. 92.)

31. La Cour observera à ce stade que les motifs de contestation liés à la procédure prévus dans les deux statuts sont formulés en des termes différents. La disposition du statut du TAOIT vise une décision «viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie» par le Tribunal, tandis que celle du statut du TANU requérait l'existence d'«une erreur essentielle dans la procédure qui a provoqué un mal-jugé». Cette différence dans le libellé ne modifie cependant pas «la portée de ce motif de contestation» (*ibid.*, p. 209, par. 91). La Cour reviendra sur ce motif, qui est invoqué dans les questions II à VIII, dans la suite du présent avis (voir paragraphe 98 ci-après).

32. Ayant conclu qu'elle avait compétence pour répondre à la demande d'avis consultatif, et ayant rappelé à titre préliminaire les limites du pouvoir de réformation que lui confère l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, la Cour va à présent rechercher si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle aurait des raisons de refuser de donner suite à cette demande.

* *

III. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour

33. L'article 65 du Statut indique clairement que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de répondre ou non à une demande d'avis consultatif:

Court may give an advisory opinion on any legal question . . ." That discretion exists for good reasons. In exercising that discretion, the Court has to have regard to its character, both as a principal organ of the United Nations and as a judicial body. The Court early declared that the exercise of its advisory jurisdiction represents its participation in the activities of the Organization and, in principle, a request should not be refused (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, pp. 71-72). That indication of a strong inclination to reply is also reflected in the Court's later statement, in the only other challenge to a decision of the ILOAT brought to it, that "compelling reasons" would be required to justify a refusal (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 86).

34. The Court and its predecessor have emphasized that, in their advisory jurisdiction, they must maintain their integrity as judicial bodies. The Permanent Court of International Justice as long ago as 1923, in recognizing that it had discretion to refuse a request, made an important statement of principle:

> "The Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding [its] activity as a Court." (*Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 29; for the most recent statement on this matter see *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 415-416, para. 29, and the authorities referred to there.)

35. In the particular context of the four requests (i.e, the 1956 Advisory Opinion; *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 166; *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, p. 325; *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1987*, p. 18) brought to this Court by way of applications for review of judgments of the UNAT and the ILOAT, concerns have been raised about a central aspect of the good administration of justice: the principle of equality before the Court of the organization on the one hand and the official on the other.

36. Two issues arising from Article XII of the Tribunal's Statute and its Annex providing for review of the ILOAT judgments were addressed by the Court in its 1956 Advisory Opinion: inequality of access to the Court and inequalities in the proceedings before the Court. With regard to the first point, it is only the employing agencies which have access to the Court. By contrast, the provisions for the review by the Court of judgments of the UNAT, in force from 1955 to 1995, gave officials, along with the employer and member States of the United Nations, access

« La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique... » Ce pouvoir discrétionnaire existe pour de bonnes raisons. Lorsqu'elle l'exerce, la Cour doit tenir compte de sa double qualité d'organe principal de l'Organisation des Nations Unies et d'instance judiciaire. Dès les premières années de son existence, elle a déclaré que l'exercice de sa compétence consultative constituait sa participation à l'action de l'Organisation et que, en principe, une demande ne devait pas être refusée (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71-72). Cette tendance manifeste à vouloir répondre aux demandes d'avis ressort également d'une déclaration qu'elle a faite quelques années plus tard, dans le seul autre cas où un jugement du TAOIT fut contesté devant elle, selon laquelle des « raisons décisives » devaient exister pour justifier un refus (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86).

34. La Cour et sa devancière ont souligné que, en exerçant leur compétence consultative, elles devaient préserver leur intégrité en tant qu'instances judiciaires. Ainsi, dès 1923, la Cour permanente de Justice internationale, reconnaissant qu'il lui était loisible de rejeter une demande d'avis consultatif, a formulé une importante déclaration de principe :

> « La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs. » (*Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29 ; pour la dernière déclaration en date sur ce point, voir *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 415-416, par. 29, et les sources invoquées dans cet avis.)

35. Dans le contexte particulier des quatre demandes de réformation de jugements du TANU et du TAOIT soumises à la Cour (avis consultatif de 1956 ; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 166 ; *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982*, p. 325 ; *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1987*, p. 18), certaines préoccupations ont été exprimées au sujet d'un élément primordial de la bonne administration de la justice : le principe de l'égalité devant la Cour entre l'organisation, d'une part, et le fonctionnaire, de l'autre.

36. L'article XII du statut du TAOIT et de son annexe, qui prévoit la possibilité de réformation des jugements du Tribunal, soulève deux questions sur lesquelles la Cour s'est penchée dans son avis consultatif de 1956 : l'inégalité d'accès à la Cour et les inégalités dans la procédure devant celle-ci. La première tient au fait que seule l'institution employant le fonctionnaire a accès à la Cour. En revanche, les dispositions conférant à la Cour le pouvoir de réformer les jugements du TANU, en vigueur entre 1955 et 1995, donnaient aux fonctionnaires, ainsi qu'aux institutions qui

to the process which could lead to a request to the Court for revic . When that review procedure was being established, the Secretary-General identified as a fundamental principle that the staff member should have the right to initiate the review and to participate in it. Further, any review procedure should enable the staff member to participate on an equitable basis in such procedure, which should ensure substantial equality (UN doc. A/2909 of 10 June 1955, paras. 13 and 17).

37. In its 1956 Advisory Opinion, the Court said this about equality of access:

> "According to generally accepted practice, legal remedies against a judgment are equally open to either party. In this respect each possesses equal rights for the submission of its case to the tribunal called upon to examine the matter . . . However, the advisory proceedings which have been instituted in the present case involve a certain absence of equality between Unesco and the officials both in the origin and in the progress of those proceedings . . . [T]he Executive Board availed itself of a legal remedy which was open to it alone. Officials have no such remedy against the Judgments of the Administrative Tribunal . . . However, the inequality thus stated does not in fact constitute an inequality before the Court. It is antecedent to the examination of the question by the Court. It does not affect the manner in which the Court undertakes that examination. Also, in the present case, that absence of equality between the parties to the Judgments is somewhat nominal since the officials were successful in the proceedings before the Administrative Tribunal and there was accordingly no question of any complaint on their part." (*I.C.J. Reports 1956*, p. 85.)

38. After considering inequality before the Court, it concluded that not to respond to the request for an advisory opinion "would imperil the working of the régime established by the Statute of the Administrative Tribunal for the judicial protection of officials" (*ibid.*, p. 86). The Court, addressing this matter 50 years later, has two observations to make, one particular, about the use actually made of the review processes in respect of the two Tribunals — that of the United Nations and that of the ILO —, and one general, about the development of the concept of equality before courts and tribunals over that period. On the review process, the critical element for the judicial protection of officials was the creation of the right of officials to challenge decisions taken against them by their employer before an independent judicial body which follows fair procedures. Next, reviews have been sought in only a handful of cases; and when the General Assembly decided in 1995 to remove the provision for review of UNAT decisions by this Court, it stated that the procedure that had existed since 1955 had "not proved to be a constructive or useful element in the adjudication of staff disputes within the Organization" (resolution 50/54 of 11 December 1995, preamble). The Court also notes

les employaient et aux Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies, accès à la procédure qui pouvait aboutir à l'introduction d'une demande de réformation devant la Cour. Au moment de l'élaboration de cette procédure, le Secrétaire général a reconnu comme un principe fondamental que le fonctionnaire devait avoir le droit d'engager la procédure de réformation et d'y participer. En outre, le fonctionnaire devait pouvoir participer sur un pied d'égalité à toute procédure de réformation, qui devait être garante d'une égalité véritable (Nations Unies, document A/2909 du 10 juin 1955, par. 13 et 17).

37. Dans son avis consultatif de 1956, la Cour a déclaré ce qui suit au sujet de l'égalité d'accès:

> «Selon une pratique généralement acceptée, les voies de recours contre un jugement sont ouvertes également à l'une et à l'autre parties. Chacune de celles-ci dispose de facultés égales pour la présentation de ses moyens devant le juge appelé à en connaître... Or la voie consultative ici instituée comporte une certaine inégalité entre l'Unesco et les fonctionnaires tant à son point de départ que dans sa mise en œuvre... [L]e Conseil exécutif a exercé un droit qui est à la disposition de lui seul. Les fonctionnaires ne disposent d'aucun droit semblable à l'égard des jugements du Tribunal administratif... L'inégalité ainsi constatée n'est pas, en réalité, une inégalité devant la Cour. Elle est antérieure à l'examen de la question par la Cour. Elle n'affecte pas la manière dont la Cour procède à cet examen. Au surplus, en l'espèce, cette inégalité reste quelque peu théorique parce que les fonctionnaires ont eu gain de cause devant le Tribunal administratif et qu'en conséquence ils ne sauraient avoir de griefs à formuler.» (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 85.)

38. Après avoir recherché s'il existait une inégalité devant elle, la Cour a conclu que ne pas répondre à la demande d'avis consultatif «compromettrait le fonctionnement du régime établi par le statut du Tribunal administratif en vue de la protection juridictionnelle des fonctionnaires» (*ibid.*, p. 86). La Cour, revenant sur cette question cinquante ans plus tard, a deux observations à formuler, l'une d'ordre spécifique, au sujet de l'utilisation concrète qui a été faite de la procédure de réformation dans le cas des deux tribunaux — celui des Nations Unies et celui de l'OIT —, et l'autre d'ordre général, qui concerne l'évolution de la notion d'égalité devant les cours et tribunaux pendant cette période. S'agissant de la procédure de réformation, l'élément central dans la protection juridictionnelle des fonctionnaires a été l'octroi du droit de contester les décisions prises à leur encontre par leur employeur devant un organe judiciaire indépendant qui applique des procédures régulières. En outre, la réformation de jugements n'a été sollicitée que dans un très petit nombre de cas; et, lorsque l'Assemblée générale a décidé en 1995 de supprimer la disposition donnant à la Cour le pouvoir de réformer les décisions du TANU, elle a noté que la procédure en vigueur depuis 1955 ne s'était «pas révélée constituer un

that between 1995 and 2009 the United Nations system contained no provision at all for review of, or appeal against, the judgments of the UNAT.

39. To turn to the general question of the concept of equality, the development of the principle of equality of access to courts and tribunals since 1946, when the review procedure was established, may be seen in the significant differences between the two General Comments by the Human Rights Committee on Article 14, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. That provision requires that "[a]ll persons shall be equal before the courts and tribunals". The first Comment, adopted in 1984, just seven years after the Covenant came into force, did no more than repeat the terms of the provision and call on States to report more fully on steps taken to ensure equality before the courts, including equal access to the courts (*Human Rights Committee, General Comment No. 13: Article 14 (Administration of Justice)*, paras. 2-3). The later Comment, one adopted in 2007 on the basis of 30 years of experience in the application of the above-mentioned Article 14, gives detailed attention to equality before domestic courts and tribunals. According to the Committee, that right to equality guarantees equal access and equality of arms. While in non-criminal matters the right of equal access does not address the issue of the right of appeal, if procedural rights are accorded they must be provided to all the parties unless distinctions can be justified on objective and reasonable grounds (*Human Rights Committee, General Comment No. 32: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, paras. 8-9, 12 and 13). In the case of the ILOAT, the Court is unable to see any such justification for the provision for review of the Tribunal's decisions which favours the employer to the disadvantage of the staff member.

40. The Fund and Ms Saez García answered a question from a Member of the Court (see paragraph 16 above) about the significance, if any, of the developments relating to the equality of the parties before courts and tribunals since 1946. In her response, Ms Saez García calls attention to the relevant guarantees included in global and regional instruments over those 65 years and their further elaboration by international and national courts. She sets out how, in her view, the present proceedings illustrate the contradiction between the procedure set out in Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and more modern concepts of the equality of arms. She contrasts, on the one hand, the application which the Fund made to the Tribunal for the suspension of the execution of the judgment, an application which was rejected on the ground that the Tribunal had no power to do so (see paragraph 16 above), and, on the other hand, the power of the newly established United Nations Appeals Tribunal to order interim measures for the protection of either party. The lack of such a power, in her view, provides a compelling reason for this

élément constructif ou utile dans le règlement des différends entre les fonctionnaires et l'Organisation» (résolution 50/54 du 11 décembre 1995, préambule). La Cour relève également que, de 1995 à 2009, le système des Nations Unies ne prévoyait aucune possibilité de réformation des jugements du TANU ni aucune procédure d'appel.

39. S'agissant de la question d'ordre général relative à la notion d'égalité, l'évolution du principe de l'égalité d'accès aux cours et tribunaux depuis 1946 — date à laquelle la procédure de réformation fut établie — est illustrée par les différences importantes existant entre les deux Observations générales que le Comité des droits de l'homme a formulées sur le paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Aux termes de cette disposition, «[t]ous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice». La première Observation générale, adoptée en 1984, sept ans seulement après l'entrée en vigueur du Pacte, se bornait à reprendre les termes de la disposition considérée et à exhorter les Etats à mieux rendre compte des mesures prises pour assurer l'égalité dans leur système judiciaire, notamment pour ce qui était de l'accès aux tribunaux (*Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 13: article 14 (Administration de la justice)*, par. 2-3). Dans son Observation de 2007, le Comité, fort de trente années d'expérience dans l'application de l'article 14 susmentionné, s'intéresse de très près à la question de l'égalité devant les cours et tribunaux internes. Selon le Comité, le droit à l'égalité garantit l'égalité d'accès et l'égalité des armes. En matière non pénale, le droit à l'égalité d'accès n'implique pas le droit de faire appel, mais, lorsque des droits procéduraux sont accordés, ils doivent l'être également à toutes les parties, sauf si des motifs objectifs et raisonnables justifient une distinction (*Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32: droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, par. 8-9, 12 et 13). Dans le cas du TAOIT, la Cour ne voit rien qui justifie une possibilité de réformation des décisions du Tribunal qui avantagerait l'employeur au détriment du fonctionnaire.

40. Le Fonds et M^me^ Saez Garcia ont répondu à une question posée par un membre de la Cour (voir paragraphe 16 ci-dessus) quant à l'incidence que pourrait avoir eue l'évolution de la notion d'égalité des parties devant les cours et les tribunaux depuis 1946. Dans sa réponse, M^me^ Saez García appelle l'attention sur les garanties s'y rapportant qui ont été inscrites dans certains instruments internationaux et régionaux au cours des soixante-cinq dernières années ainsi que sur la manière dont ces garanties ont été développées par des juridictions internationales et nationales. Elle indique en quoi, selon elle, la présente procédure illustre la contradiction entre la procédure prévue à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT et une conception plus moderne de l'égalité des armes. Elle oppose, d'une part, la demande que le Fonds a adressée au Tribunal pour que celui-ci sursoie à l'exécution de son jugement, demande qui fut rejetée au motif que le Tribunal ne possédait pas un tel pouvoir (voir paragraphe 16 ci-dessus), et, d'autre part, le pouvoir conféré au Tribunal d'appel des Nations Unies récemment établi d'ordonner des mesures conservatoires au bénéfice de

Court to refuse to exercise its advisory jurisdiction to review judgments of the ILOAT. Ms Saez García also refers to problems, as she sees it, in the equality of the parties in the present proceedings before the Court, considered later in this Opinion (see paragraphs 45-46). She concludes, in the light of the developments relating to the requirement of equality in the administration of justice and the abolition of the review of UNAT judgments, that "the many defects that the Court has remarked upon in the review procedure constitute a compelling reason to reject the . . . request for an advisory opinion".

41. In its Reply, IFAD for its part first emphasizes that "the sole function" of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, when a specialized agency is invoking it, is to interpret the agreement between the ILO and that specialized agency; the questions submitted to the Court, it maintains, "deal exclusively with the application and the interpretation of the agreement between the ILO and IFAD in the context of Article XII". Individuals, says the Fund, stand outside the institutional relationship that forms the subject-matter of Article XII procedures. It concludes this part of its answer in the following terms:

> "The Fund respectfully submits that, given that the Complainant in ILOAT Judgment No. 2867 is not a party to the agreement between the ILO and the Fund, which accords jurisdiction to the ILOAT, it would be a mistake to consider that the inability of third parties to invoke Article 96, paragraph 2, of the UN Charter in order to apply Article XII of the ILOAT Statute constitutes a breach of the principle of equality of the parties in judicial proceedings. Accordingly, it would not be appropriate for the Court to decline to perform the function envisaged by Article 96, paragraph 2, of the UN Charter on account of a third party that stands outside the relationship that forms the subject-matter of the proceedings before the Court."

Further, IFAD states that

> "the Fund's request for an advisory opinion pertains, not to any dispute between the Fund and Ms Saez García, but to the relationship between the Fund and the ILO as it relates to the ILOAT, a subsidiary body of the ILO".

42. In the Court's opinion, this argument faces two insurmountable hurdles. In the first place, the real dispute underlying the request for an advisory opinion was between Ms Saez García and the Fund. She brought proceedings before the Tribunal against a decision attributed to the Fund and was successful. The Fund then invoked the procedure under the Statute of the ILOAT, supported by the General Assembly's authorization given under Article 96, paragraph 2, of the Charter, to challenge that

l'une ou l'autre partie. L'absence d'un tel pouvoir constitue, à ses yeux, une raison décisive pour que la Cour refuse d'exercer sa compétence consultative en matière d'examen des jugements du TAOIT. M^me^ Saez García fait également référence aux problèmes qui, selon elle, se posent en matière d'égalité des parties dans le cadre de la présente procédure devant la Cour, sur lesquels celle-ci reviendra dans la suite de cet avis (voir paragraphes 45-46). Elle conclut, à la lumière de l'évolution de l'exigence d'égalité dans l'administration de la justice et de l'abolition de la procédure de réformation des jugements du TANU, que «les nombreux vices que la Cour a relevés dans la procédure de recours constituent une raison décisive pour rejeter la demande d'avis consultatif».

41. Dans sa réponse, le FIDA, pour sa part, souligne tout d'abord que l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT a pour «seule fonction», lorsqu'une institution spécialisée en invoque les dispositions, de livrer une interprétation de l'accord conclu entre l'OIT et cette institution spécialisée; les questions soumises à la Cour, soutient-il, «traitent exclusivement de l'application et de l'interprétation de l'accord conclu entre l'OIT et le FIDA dans le contexte de l'article XII». Les personnes physiques, indique le Fonds, sont exclues de la relation institutionnelle qui fait l'objet des procédures prévues à l'article XII. Le Fonds conclut ce volet de sa réponse dans les termes suivants:

> «Le Fonds fait respectueusement valoir que, étant donné que la requérante, dans le jugement n° 2867 rendu par le TAOIT, n'est pas partie à l'accord entre l'OIT et le Fonds qui reconnaît la compétence du TAOIT, ce serait une erreur que de considérer que l'incapacité d'un tiers à invoquer l'article 96, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies pour appliquer l'article XII du statut du TAOIT constitue une violation du principe d'égalité des parties dans des procédures judiciaires. Par voie de conséquence, il ne serait guère approprié pour la Cour de refuser d'exécuter la fonction prévue par l'article 96, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies pour [tenir] compte d'un tiers étranger au rapport qui forme le sujet même de la procédure dont est saisie la Cour.»

Et le Fonds d'ajouter que

> «la requête pour avis consultatif ... relève non pas d'un différend entre le Fonds et M^me^ Saez García, mais plutôt du rapport entre le Fonds et l'OIT en ce qui concerne le TAOIT, organe subsidiaire de l'OIT».

42. De l'avis de la Cour, cet argument se heurte à deux obstacles insurmontables. Premièrement, le véritable différend ayant donné lieu à la présente demande d'avis consultatif est celui qui a opposé M^me^ Saez García et le Fonds. Celle-ci a contesté devant le Tribunal une décision attribuée au Fonds et a obtenu gain de cause. Le Fonds s'est ensuite prévalu de la procédure prévue dans le statut du TAOIT, fondée sur l'autorisation accordée par l'Assemblée générale en vertu du paragraphe 2 de l'article 96

decision in her favour. In that regard, the Court cannot see that a question arises between the Fund and the ILO. The record before the Court provides no evidence of any such matter. In the second place, the Fund in any event would not be able to bring a matter about its relationship with the ILO before the Court: when the General Assembly authorized IFAD to seek advisory opinions, under Article 96, paragraph 2, of the Charter, it expressly excluded from the authorization "questions concerning the mutual relationships of the Fund and the United Nations or other specialized agencies"; a similar exclusion is to be found in all the authorizations given by the General Assembly to specialized agencies (see paragraph 26 above).

43. In replying to the question about equality of access, the Fund emphasized what it saw as a parallel with investor-State arbitration. First, it pointed out that in such arbitrations, it is only the investor that may initiate the dispute settlement process. But that process is initiated in response to the conduct of the host State, alleged to be in breach of the investor's rights, and is a first instance process. It is comparable to the proceeding brought in the ILOAT by the staff member against the agency. In the case of investment arbitrations brought under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (*United Nations Treaty Series (UNTS)*, Vol. 575, p. 159), both parties — and not just one — are able to seek interpretation, revision or annulment of the award: it is that situation which is analogous to the present one. The Fund, secondly, refers to a number of provisions in bilateral free trade and investment treaties which enable the State parties to those treaties, by joint decision, at the request of one of them, to declare their interpretation of a provision of the treaty. That interpretation is binding on the tribunal hearing an investment dispute including those brought by the investor. That situation bears little resemblance to the present one: parties to treaties are in general free to agree on their interpretation, while in the present case the Court is concerned with the initiation of a review process to be carried out by an independent tribunal.

44. As the Court said, on the only other occasion in which a specialized agency sought an opinion in terms of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, "[t]he principle of equality of the parties follows from the requirements of good administration of justice" (*Advisory Opinion, I.C.J Reports 1956*, p. 86). That principle must now be understood as including access on an equal basis to available appellate or similar remedies unless an exception can be justified on objective and reasonable grounds (see paragraph 39 above). For the reasons given, questions may now properly be asked whether the system established in 1946 meets the present-day principle of equality of access to courts and tribunals. While the Court is not in a position to reform this system, it

de la Charte, pour contester ce jugement favorable à la requérante. La Cour ne voit à cet égard aucune question qui opposerait le Fonds et l'OIT. Le dossier dont elle dispose ne fournit aucune preuve en ce sens. Deuxièmement, le Fonds ne serait de toute façon pas en mesure de porter la question de sa relation avec l'OIT devant la Cour: lorsque l'Assemblée générale l'a autorisé à demander des avis consultatifs, en application du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte, elle a expressément exclu de cette autorisation les «questions ... concernant les relations réciproques entre le Fonds et l'Organisation des Nations Unies ou d'autres institutions spécialisées»; une exclusion similaire figure dans toutes les autorisations accordées par l'Assemblée générale à des institutions spécialisées (voir paragraphe 26 ci-dessus).

43. Dans sa réponse à la question relative à l'égalité d'accès, le Fonds insiste sur le parallèle qu'il conviendrait d'établir, selon lui, avec l'arbitrage Etat-investisseur. Il fait tout d'abord valoir que, dans le cadre de tels arbitrages, seul l'investisseur peut engager la procédure de règlement du différend. Cette procédure est toutefois engagée en réponse au comportement de l'Etat hôte qui aurait porté atteinte aux droits de l'investisseur, et est introduite en première instance. Elle est comparable à celle intentée par le fonctionnaire devant le TAOIT contre l'institution qui l'emploie. Dans le cas des arbitrages en matière d'investissement demandés au titre de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (*Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 575, p. 159), les deux parties — et non pas uniquement l'une d'elles — sont autorisées à solliciter l'interprétation, la revision ou l'annulation de la sentence: c'est cette situation qui peut être comparée à la présente espèce. Le Fonds se réfère ensuite à plusieurs dispositions contenues dans des traités bilatéraux de libre-échange et d'investissement qui permettent aux Etats parties à ces traités, par décision conjointe, suite à la demande de l'un d'eux, de préciser leur interprétation d'une disposition du traité. Cette interprétation a force obligatoire pour le tribunal saisi d'un différend en matière d'investissement, y compris par l'investisseur. La situation n'a que peu à voir avec le cas présent: les parties à un traité sont en général libres de convenir de l'interprétation à donner à ses dispositions, tandis qu'en l'espèce la Cour doit se prononcer sur l'introduction d'une procédure de réformation devant un tribunal indépendant.

44. Comme la Cour l'a déclaré dans le seul autre cas où une institution spécialisée avait sollicité son avis en vertu de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, «[l]e principe de l'égalité entre les parties découle des exigences d'une bonne administration de la justice» (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86). L'égalité d'accès aux procédures d'appel ou autres recours disponibles, sauf exception fondée sur des motifs objectifs et raisonnables, doit désormais être considérée comme partie intégrante de ce principe (voir paragraphe 39 ci-dessus). Pour les raisons exposées, il est aujourd'hui permis de se demander si le système établi en 1946 satisfait effectivement au principe moderne de l'égalité d'accès aux cours et tribunaux. Il n'appartient pas à la Cour de réformer ce système,

can attempt to ensure, so far as possible, that there is equality in the proceedings before it. The Court now turns to that question.

45. In the present case, as in the four earlier applications for review of judgments of administrative tribunals, the unequal position before the Court of the employing institution and its official, arising from provisions of the Court's Statute, has been substantially alleviated by two decisions of the Court. First, in its Order of 29 April 2010, the Court decided that the President of the Fund was to transmit to the Court any statement setting forth the views of Ms Saez García which she might wish to bring to the attention of the Court and fixed the same time-limits for her as for the Fund for the filing of written statements in the first round of written argument and comments in the second round. The second step the Court took was to decide that there would be no oral proceedings; when the Fund reiterated its request that the Court should hold hearings, it confirmed its previous decision of principle. As has been clear since 1956 when the Court first addressed the matter of procedure in cases involving reviews of judgments of administrative tribunals, the Court's Statute does not allow individuals to appear in hearings in such cases, by contrast to international organizations concerned (*Advisory Opinion, I.C.J Reports 1956*, p. 86; see also *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, pp. 179-180, para. 34).

46. The process was not without its difficulties. The Court mentions three matters. The first relates to the documentary record: the filing of "all documents likely to throw light upon the question" in terms of Article 65, paragraph 2, of the Court's Statute was not completed until July 2011 and following three requests from the Court — that is, fully 15 months after the submission of the request for the Advisory Opinion (see paragraphs 13-15 above). The second is the failure of IFAD to inform Ms Saez García in a timely way of the procedural requests it was making to the Court. And the third is IFAD's initial failure to transmit to the Court certain communications from Ms Saez García. That last position was based on the proposition that the matter before the Court was not a matter between the Fund and Ms Saez García but between the Fund and the ILO. The Court has already commented on this proposition (see paragraphs 41-42 above).

47. Notwithstanding these difficulties, the Court concludes that, by the end of the process, it does have the information it requires to decide on the questions submitted; that both the Fund and Ms Saez García have had adequate and in large measure equal opportunities to present their case and to answer that made by the other; and that, in essence, the principle of equality in the proceedings before the Court, required by its inherent judicial character and by the good administration of justice, has been met.

*

mais elle peut veiller à ce que l'égalité soit autant que possible assurée dans les procédures qui se déroulent devant elle. La Cour s'intéressera maintenant à cette question.

45. En la présente espèce, la Cour a pris deux décisions qui, comme cela avait été le cas lorsqu'elle s'était penchée sur les quatre demandes antérieures de réformation du jugement d'un tribunal administratif, ont sensiblement atténué l'inégalité devant elle du fonctionnaire et de l'institution qui l'emploie, inégalité découlant des dispositions de son Statut. Tout d'abord, dans son ordonnance du 29 avril 2010, elle a indiqué que le président du Fonds devait lui transmettre toute déclaration exposant le point de vue de M^me^ Saez García que celle-ci pourrait vouloir porter à son attention et elle a accordé les mêmes délais à l'intéressée et au Fonds pour soumettre leurs exposés écrits au premier tour et leurs observations écrites au second. Elle a ensuite décidé qu'il n'y aurait pas de procédure orale, décision de principe qu'elle a réitérée lorsque le Fonds a renouvelé sa demande tendant à la tenue d'audiences. Il est en effet clair depuis 1956, date à laquelle la Cour s'est penchée pour la première fois sur la question de la procédure à suivre lorsque est demandée la réformation de jugements de tribunaux administratifs, que le Statut ne permet pas aux personnes physiques de participer en pareil cas à des audiences, alors que les organisations internationales concernées le pourraient (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86; voir également *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 179-180, par. 34).

46. La procédure n'a pas été exempte de difficultés. La Cour en mentionnera trois. La première a trait à la documentation versée au dossier: il aura fallu attendre le mois de juillet 2011, et trois demandes de la Cour, pour que soient produits tous les documents «pouvant servir à élucider la question» en vertu du paragraphe 2 de l'article 65 du Statut de la Cour — soit quinze mois au total après le dépôt de la demande d'avis consultatif (voir paragraphes 13-15 ci-dessus). La deuxième difficulté tient au fait que le FIDA n'a pas informé M^me^ Saez García en temps utile des demandes procédurales qu'il soumettait à la Cour. La troisième a trait au fait que, dans un premier temps, le FIDA n'a pas transmis à la Cour certaines communications de M^me^ Saez García: le FIDA considérait en effet que la question portée devant la Cour l'opposait non pas à celle-ci, mais à l'OIT. La Cour s'est déjà exprimée sur ce point (voir paragraphes 41-42 ci-dessus).

47. Nonobstant ces difficultés, la Cour conclut que, au terme de cette procédure, elle dispose de toutes les informations requises pour statuer sur les questions posées; que le Fonds et M^me^ Saez García ont chacun pu présenter leurs arguments et répondre aux allégations de l'autre de manière appropriée et, dans une large mesure, dans des conditions d'égalité; et que, en substance, il a été satisfait au principe de l'égalité devant elle dans la procédure, ainsi que l'exigent sa qualité d'organe judiciaire et la bonne administration de la justice.

•

48. In light of the analysis above, the Court maintains its concern about the inequality of access to the Court arising from the review process under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT. In addition, the Court remains concerned about the length of time it took the Fund to comply with the procedures aimed at ensuring equality in the present proceedings. Nevertheless, taking the circumstances of the case as a whole, and in particular the steps it has taken to reduce the inequality in the proceedings before it, the Court considers that the reasons that could lead it to decline to give an advisory opinion are not sufficiently compelling to require it to do so.

* *

IV. Merits

49. The request for an advisory opinion from the Court concerns the validity of the judgment given by the ILOAT relating to Ms Saez García's contract of employment. The Court notes that that contract of employment, as extended, was governed by the Personnel Policies Manual (hereinafter "PPM") and the Human Resources Handbook, until 22 July 2005. From that date, the PPM and Human Resources Handbook were replaced by a document entitled "IFAD Human Resources Policy" and the Human Resources Procedures Manual (hereinafter "HRPM"), respectively. Accordingly, subsequent events, such as the facilitation process and the convening of the Joint Appeals Board referred to in paragraphs 70 and 77 below, were governed by the latter documents. The Court will refer hereinafter to the titles of the documents in force at the time of events being considered.

50. In December 2005, a decision was made not to renew Ms Saez García's contract of employment as from March 2006 on the alleged basis that her post was being abolished. She challenged that decision by filing an appeal with the Joint Appeals Board of the Fund (hereinafter the "JAB") under the HRPM. On 13 December 2007 the JAB unanimously recommended that Ms Saez García be reinstated and that she be awarded a payment of lost salaries, allowances and entitlements. On 4 April 2008 the President of the Fund rejected the recommendations. Ms Saez García then filed on 8 July 2008 a complaint with the Tribunal requesting it to "quash the decision of the President of IFAD rejecting the complainant's appeal", order her reinstatement and make various monetary awards. Following two rounds of written submissions (oral hearings were not sought), the Tribunal, in its judgment of 3 February 2010, decided that "[t]he President's decision of 4 April 2008 is set aside" and made orders for the payment of damages and costs.

48. A la lumière de l'analyse qui précède, la Cour réaffirme sa préoccupation face à l'inégalité d'accès à la Cour découlant de la procédure de réformation prévue à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT. En outre, elle demeure préoccupée par le temps mis par le Fonds pour respecter les procédures tendant à assurer l'égalité dans le cadre de la présente procédure. Néanmoins, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des mesures qu'elle a prises aux fins de réduire l'inégalité dans la procédure se déroulant devant elle, la Cour considère que les raisons qui pourraient la pousser à refuser de donner un avis consultatif ne sont pas suffisamment décisives pour la conduire à le faire.

* *

IV. LE FOND

49. La demande d'avis consultatif adressée à la Cour a trait à la validité du jugement rendu par le TAOIT au sujet du contrat d'engagement de M^me^ Saez García. La Cour note que ce contrat d'engagement, tel que renouvelé, était régi par le manuel des politiques concernant le personnel du FIDA et le manuel de gestion des ressources humaines jusqu'au 22 juillet 2005, date à laquelle ces deux textes ont été remplacés par le document intitulé «politique en matière de ressources humaines» et le manuel de procédures relatives aux ressources humaines (ci-après dénommé le «manuel de procédures»), respectivement. En conséquence, les événements postérieurs à cette date, tels que la procédure de concertation ou la saisine de la commission paritaire de recours, auxquels il est fait référence aux paragraphes 70 et 77 ci-dessous, étaient régis par ces derniers documents. Les titres qu'utilisera la Cour par la suite sont ceux des textes en vigueur au moment des faits examinés.

50. En décembre 2005, il fut décidé de ne pas renouveler le contrat d'engagement de M^me^ Saez García à compter du mois de mars 2006 au motif que son poste allait être supprimé. L'intéressée contesta cette décision en introduisant un recours auprès de la commission paritaire de recours du Fonds (ci-après dénommée la «commission paritaire») conformément aux dispositions du manuel de procédures. Le 13 décembre 2007, la commission paritaire recommanda à l'unanimité la réintégration de M^me^ Saez García, à laquelle devrait en outre être versée une somme équivalant aux traitements, allocations et indemnités qu'elle n'avait pas perçus. Le 4 avril 2008, le président du Fonds rejeta ces recommandations. M^me^ Saez García introduisit alors une requête auprès du Tribunal le 8 juillet 2008, le priant d'«annuler la décision du président du FIDA rejetant [son recours]» et d'ordonner sa réintégration ainsi que le versement de différentes indemnités. A l'issue de deux tours de procédure écrite (la tenue d'audiences n'ayant pas été demandée), le Tribunal, dans son jugement du 3 février 2010, prononça l'annulation de «[l]a décision du président du 4 avril 2008», et ordonna le versement de dommages-intérêts et le paiement des dépens.

51. The Fund contends, as it did before the Tribunal, that Ms Saez Garcia was a staff member of the Global Mechanism and not of IFAD and that her employment status has to be assessed in the context of the arrangement for the housing of the Global Mechanism made between the Fund and the COP.

The Court first considers the powers of, and relationships between, those various bodies. It will then turn to the documents relating specifically to Ms Saez Garcia's employment.

52. Part III of the UNCCD, which came into force in 1996, is entitled "Action Programmes, Scientific and Technical Co-operation and Supporting Measures" and contains three sections addressed to each of those matters. The section on "Supporting Measures" imposes obligations on the State parties to the Convention relating to capacity building, financial resources and financial mechanisms (Arts. 19-21). Under Article 21, paragraph 4, a "Global Mechanism" is established "[i]n order to increase the effectiveness and efficiency of existing financial mechanisms". It is "to promote actions leading to the mobilization and channelling of substantial financial resources . . . to affected developing country Parties". It is to function under the authority and guidance of the COP and to be accountable to it. Under paragraph 5, the COP was to identify, at its first ordinary session, an organization to house the Global Mechanism. Paragraph 6 provides this elaboration: the COP was to make appropriate arrangements with the housing organization "for the administrative operations of such Mechanism, drawing to the extent possible on existing budgetary and human resources". According to paragraph 5, the COP was to agree with the organization upon modalities to ensure, among other things, that the mechanism *(a)* prepares an inventory of co-operation programmes that are available to implement the UNCCD, *(b)* provides advice, on request, to parties on innovative methods of financing and related matters, *(c)* provides interested parties and organizations with information on sources of funds and funding patterns to facilitate co-ordination between them, and *(d)* reports to the COP on its activities.

Before the Court sets out the terms of the agreement between the COP and IFAD, it refers to relevant provisions of the Convention concerning the COP and its Permanent Secretariat.

53. Part IV of the Convention, entitled "Institutions", follows immediately the provisions of Article 21 which have just been discussed. It provides for the establishment of the COP, a Permanent Secretariat (replacing an interim Secretariat established by United Nations General Assembly resolution 47/188 of 22 December 1992 and referred to in Article 35 of the UNCCD) and a Committee on Science and Technology as a subsidiary body of the COP (Arts. 22, 23 and 24). The Conference's powers include the power to establish subsidiary bodies, to approve a programme and a

51. Le Fonds soutient, comme il l'a fait devant le Tribunal, que Mme Saez García était fonctionnaire du Mécanisme mondial, et non du FIDA, et que la situation professionnelle de l'intéressée doit être appréciée à la lumière de l'accord d'hébergement du Mécanisme mondial conclu entre le Fonds et la conférence des parties.

La Cour examinera tout d'abord les attributions de ces différentes entités, ainsi que les relations qui les unissent. Elle s'intéressera ensuite aux documents relatifs, plus spécifiquement, à la situation contractuelle de Mme Saez García.

52. La troisième partie de la convention sur la désertification, qui est entrée en vigueur en 1996, est intitulée « Programmes d'action, coopération scientifique et technique et mesures d'appui » et contient trois sections consacrées, respectivement, à chacun de ces aspects. La section relative aux « mesures d'appui » impose aux Etats parties à la convention des obligations en matière de renforcement des capacités, de ressources financières et de mécanismes financiers (art. 19-21). Aux termes du paragraphe 4 de l'article 21, un « Mécanisme mondial » est établi « [a]fin d'accroître l'efficacité et l'efficience des mécanismes financiers existants ». Il est « chargé d'encourager les actions conduisant à la mobilisation et à l'acheminement, au profit des pays en développement touchés parties, de ressources financières importantes ». Le Mécanisme doit fonctionner sous l'autorité et la conduite de la conférence des parties et être responsable devant elle. Aux termes du paragraphe 5, la conférence doit identifier, à sa première session ordinaire, l'organisation qui hébergera le Mécanisme mondial, avec laquelle, est-il précisé au paragraphe 6, elle prendra les dispositions appropriées « pour les opérations administratives d[u Mécanisme mondial], en faisant appel, dans la mesure du possible, aux ressources budgétaires et humaines existantes ». Aux termes du paragraphe 5, la conférence doit convenir avec cette organisation des modalités nécessaires pour veiller notamment à ce que le Mécanisme mondial *a)* dresse un inventaire des programmes de coopération disponibles pour mettre en œuvre la convention sur la désertification, *b)* fournisse, aux parties qui le demandent, des avis sur des méthodes novatrices de financement et autres questions connexes, *c)* fournisse aux organisations et aux parties intéressées des informations sur les sources de financement disponibles et sur les modes de financement afin de faciliter la coordination entre elles, et *d)* fasse rapport à la conférence sur ses activités.

Avant d'en venir aux termes de l'accord entre la conférence des parties et le FIDA, la Cour se référera aux dispositions pertinentes de la convention relatives à la conférence et à son secrétariat permanent.

53. La quatrième partie de la convention, intitulée « Institutions », vient immédiatement après les dispositions de l'article 21 mentionnées ci-dessus. Elle prévoit la création de la conférence des parties, d'un secrétariat permanent (qui remplace le secrétariat provisoire créé par la résolution 47/188 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 22 décembre 1992 et mentionné à l'article 35 de la convention) et d'un comité de la science et de la technologie en tant qu'organe subsidiaire de la conférence des parties (art. 22, 23 et 24). Entre autres attributions, la conférence des par-

budget, and to make arrangements, at its first session, for a Permanent Secretariat (Art. 22, paras. 2 *(c)* and *(g)*, and Art. 23, para. 3). The Permanent Secretariat's functions include: to enter, under the guidance of the Conference of the Parties, into such administrative and contractual arrangements as may be required for the effective discharge of its functions (Art. 23, para. 2 *(e)*).

54. So far as the arrangement for the housing of the Global Mechanism is concerned, the COP, at its first session, held in 1997, decided to select IFAD for that purpose. In 1999 the Conference and the Fund signed a "Memorandum of Understanding . . . regarding the Modalities and Administrative Operations of the Global Mechanism" (hereinafter the "MOU"). The MOU provides, under Section II A, that "[w]hile the Global Mechanism will have a separate identity within the Fund, it will be an organic part of the structure of the Fund directly under the President of the Fund". It also provides, under Section II D, that the Managing Director of the Global Mechanism shall be nominated by the Administrator of the United Nations Development Programme and appointed by the President of the Fund and that, in discharging his or her responsibilities, the Managing Director shall report directly to the President of IFAD. Under paragraph (1) of Section III A, headed "Relationship of the Global Mechanism to the Conference", the Global Mechanism functions under the authority of the COP and is fully accountable to it. Under paragraph (2) of the same section, the chain of accountability runs directly from the Managing Director to the President of the Fund to the COP, and the Managing Director submits reports to the COP on behalf of the President of the Fund. Under Section III A, paragraph (4), the Global Mechanism's work programme and budget, including proposed staffing, are prepared by the Managing Director, reviewed and approved by the Fund's President and forwarded to the Executive Secretary of the Convention for consideration in the preparation of the budget estimates of the Convention. Under Section II B, the resources of the Global Mechanism are held by the Fund in various accounts. Under Section IV B, the Managing Director, on behalf of the President, submits reports on the Global Mechanism's activities to each ordinary session of the COP. The Fund and Convention Secretariat are to co-operate in various ways. The final substantive provision of the MOU, Section VI, entitled "Administrative Infrastructure", provides that the Global Mechanism shall be located at the headquarters of the Fund in Rome where it "shall enjoy full access to all of the administrative infrastructure available to the Fund offices, including appropriate office space, as well as personnel, financial, communications and information management services". The terms of that provision reflect those of paragraph 6 of Article 21 of the UNCCD set out above (see paragraph 52 above).

ties a la faculté de créer des organes subsidiaires, d'approuver son programme et son budget, et de prendre, à sa première session, des dispositions pour assurer le fonctionnement d'un secrétariat permanent (art. 22, par. 2, al. *c)* et *g)*, et art. 23, par. 3). Le secrétariat permanent a notamment pour fonction de conclure, selon les directives de la conférence des parties, les arrangements administratifs et contractuels qui peuvent être nécessaires pour lui permettre de s'acquitter efficacement de ses fonctions (art. 23, par. 2, al. *e)*).

54. En ce qui concerne l'hébergement du Mécanisme mondial, la conférence des parties, à sa première session, tenue en 1997, a porté son choix sur le FIDA. En 1999, la conférence et le Fonds ont signé un «mémorandum d'accord ... relatif aux modalités administratives et opérationnelles du Mécanisme mondial» (ci-après dénommé le «mémorandum d'accord»). Le mémorandum d'accord stipule, dans sa section II A, que «[l]e Mécanisme mondial aura une identité distincte, mais n'en constituera pas moins un élément organique de la structure du Fonds et relèvera directement de son président». Il prévoit également, dans sa section II D, que le directeur général du Mécanisme mondial sera proposé par l'administrateur du Programme des Nations Unies pour le développement et nommé par le président du Fonds, et qu'il rendra compte directement au président du FIDA. Conformément au paragraphe 1 de la section III A, intitulée «Liens du Mécanisme mondial avec la conférence des parties», le Mécanisme mondial fonctionne sous l'autorité de la conférence des parties, à laquelle il est pleinement comptable de ses activités. Conformément au paragraphe 2 de cette même section, il y a un lien hiérarchique direct entre son directeur général, le président du Fonds et la conférence des parties, et le directeur général soumet des rapports à la conférence des parties au nom du président du Fonds. Conformément au paragraphe 4 de la section III A, le programme de travail et le budget du Mécanisme mondial, y compris le tableau d'effectifs envisagé, sont établis par le directeur général, soumis à l'examen et à l'approbation du président du Fonds et transmis au secrétaire exécutif de la convention, pour examen, en vue de l'établissement du projet de budget de la convention. Au titre de la section II B, les ressources du Mécanisme mondial sont portées par le Fonds au crédit de différents comptes. Au titre de la section IV B, le directeur général présente à chaque session ordinaire de la conférence des parties, au nom du président du Fonds, un rapport sur les activités du Mécanisme mondial. Il est prévu que le Fonds et le secrétariat de la convention coopèrent de différentes manières. Enfin, la dernière clause substantielle du mémorandum d'accord — la section VI, intitulée «Infrastructure administrative» — dispose que le Mécanisme mondial sera installé au siège du Fonds à Rome, où «il aura pleinement accès à toute l'infrastructure administrative en place, y compris les locaux à usage de bureaux dont il aura besoin et les services de gestion du personnel, des finances, des communications et de l'information». Les termes de cette disposition reflètent ceux employés au paragraphe 6 de l'article 21 de la convention cité plus haut (voir paragraphe 52 ci-dessus).

55. For its Permanent Secretariat, the COP made an arrangement with the United Nations. The General Assembly approved the institutional linkage between the Secretariat of the Convention and the United Nations in accordance with the offer made by the Secretary-General and accepted by the COP (General Assembly resolution 52/198 of 18 December 1997 and COP decision No. 3/COP.1). Under the arrangement, the Secretariat functions under the authority of the Secretary-General as chief administrative officer of the organization (UN doc. A/52/549 of 11 November 1997, para. 25). While institutionally linked to the United Nations, the Secretariat is not fully integrated in the work programme and management structure of any particular department or programme (*ibid.*, para. 26; COP decision No. 3/COP.1 and General Assembly resolution 52/198 of 18 December 1997, eighth preambular paragraph).

56. The General Assembly also noted that the COP had decided to accept the offer of the Government of Germany to host the Convention Secretariat in Bonn (General Assembly resolution 52/198 of 18 December 1997, para. 3). In 1998, the Secretariat of the Convention, the Government of the Federal Republic of Germany and the United Nations concluded an Agreement concerning the Headquarters of the Convention's Permanent Secretariat (*UNTS*, Vol. 2029, p. 316). Under the Agreement, the Convention Secretariat possesses, in the host country, the legal capacity to contract, to acquire and dispose of movable and immovable property, and to institute legal proceedings (*ibid.*, Art. 4; see also Arts. 3 and 4 of the Agreement between the United Nations and the Federal Republic of Germany relating to the Headquarters of the United Nations Volunteers Programme, 10 November 1995 (*UNTS*, Vol. 1895, p. 103), which is applicable, *mutatis mutandis*, to the Permanent Secretariat).

57. The Court observes that, under Part IV of the Convention entitled "Institutions", the COP and the Permanent Secretariat are expressly established as such. These institutions are given the following powers: in the case of the COP, it is given the power to "make appropriate arrangements" to house the Global Mechanism, to "undertake necessary arrangements" for the financing of its subsidiary bodies and to "make arrangements" for the functioning of the Permanent Secretariat (Arts. 21 (6), 22 (2) *(g)* and 23 (3), respectively); in the case of the Permanent Secretariat, it is given the general power "to enter, under the guidance of the Conference of the Parties, into such administrative and contractual arrangements as may be required for the effective discharge of its functions" (Art. 23 (2) *(e)*).

As the above account indicates, both have exercised those powers. By contrast, the Global Mechanism is not included in Part IV of the Convention. It is not given any express powers of contracting or entering into any agreement by the Convention nor by a headquarters agreement such as that relating to the Permanent Secretariat. Moreover, the record before the Court does not include any instances of it entering into contracts or agreements. IFAD, on 14 May 2010, during the period when the first

55. S'agissant de son secrétariat permanent, la conférence des parties a conclu un arrangement avec l'Organisations des Nations Unies. L'Assemblée générale a approuvé le lien institutionnel rattachant le secrétariat de la convention à l'Organisation, tel qu'il avait été proposé par le Secrétaire général et adopté par la conférence des parties (résolution 52/198 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1997 et décision 3/COP.1 de la conférence des parties). En vertu de cet arrangement, le secrétariat fonctionne sous l'autorité du Secrétaire général en sa qualité de plus haut fonctionnaire de l'Organisation (Nations Unies, document A/52/549 du 11 novembre 1997, par. 25) et est rattaché à l'Organisation des Nations Unies sur le plan institutionnel, sans pour autant être intégré pleinement dans le programme de travail et la structure administrative d'un département ou programme particulier (*ibid.*, par. 26; décision 3/COP.1 de la conférence des parties et résolution 52/198 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1997, huitième alinéa).

56. L'Assemblée générale a également noté que la conférence des parties avait décidé d'accepter l'offre du Gouvernement allemand d'accueillir le secrétariat de la convention à Bonn (résolution 52/198 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1997, par. 3). En 1998, le secrétariat de la convention, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et l'Organisation des Nations Unies ont conclu un accord relatif au siège du secrétariat permanent de la convention (*RTNU*, vol. 2029, p. 322). En vertu de cet accord, le secrétariat de la convention a, dans le pays hôte, la capacité juridique de contracter, d'acquérir et d'aliéner des biens mobiliers et immobiliers et d'ester en justice (*ibid.*, art. 4; voir aussi art. 3 et 4 de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République fédérale d'Allemagne relatif au siège du programme des volontaires des Nations Unies, en date du 10 novembre 1995 (*RTNU*, vol. 1895, p. 155), qui est applicable, *mutatis mutandis*, au secrétariat permanent).

57. La Cour relève que, dans la quatrième partie de la convention, intitulée «Institutions», la conférence des parties et le secrétariat permanent sont expressément créés en tant que tels. Elle relève que ces institutions sont dotées des pouvoirs suivants: la première, de la capacité de prendre «des dispositions appropriées» pour héberger le Mécanisme mondial, «les mesures nécessaires» pour le financement de ses organes subsidiaires et «des dispositions pour assurer» le fonctionnement du secrétariat permanent (art. 21, par. 6, art. 22, par. 2, al. *g)*, et art. 23, par. 3, respectivement); quant au second, il a le pouvoir plus général «de conclure, selon les directives de la conférence des parties, les arrangements administratifs et contractuels qui peuvent être nécessaires pour lui permettre de s'acquitter efficacement de ses fonctions» (art. 23, par. 2, al. *e)*).

Ainsi que le montre l'historique rappelé ci-dessus, l'une et l'autre institution ont exercé ces pouvoirs. Le Mécanisme mondial, en revanche, n'est pas mentionné dans la quatrième partie de la convention. Il n'est expressément doté ni par la convention ni par un accord de siège tel que celui relatif au secrétariat permanent de la capacité de conclure des contrats ou des accords; en outre, rien dans le dossier soumis à la Cour n'indique qu'il l'ait jamais fait. Le 14 mai 2010, au stade du premier tour de la pro-

round of written statements was being prepared, wrote to the Managing Director of the Global Mechanism seeking information on that matter in the following terms:

> "In order to help us prepare our submission to the ICJ, IFAD kindly requests that your Office supply a comprehensive list of all agreements and legal documents signed between the Global Mechanism and other entities, including international organizations and private entities. We intend to provide this list as part of our submission to the ICJ in order to show that the GM is recognized as having the capacity to enter into agreements." (UN doc. ICCD/COP(10)/INF.3 of 11 August 2011, p. 30.)

The written statement of IFAD submitted five months later includes no such list.

58. The position of the Global Mechanism may also be contrasted with that of IFAD, its housing body. The Agreement establishing IFAD expressly provides that "[t]he Fund shall possess international legal personality" (Art. 10, Sec. 1). Its privileges and immunities are defined by reference to the Convention on the Privileges and the Immunities of the Specialized Agencies of 21 November 1947 (Art. 10, Sec. 2, of the Agreement establishing IFAD). Under Article II, Section 3, of that Convention, specialized agencies subject to it, which include IFAD, are given the express capacity to contract, to acquire and dispose of movable and immovable property, and to institute legal proceedings in those States, including Italy, which are parties to the Convention.

59. The Court recalls a point made by the Fund in its response to a question put by a Member of the Court to IFAD — and through it to Ms Saez Garcia. According to the Fund, should the Court decline to provide an advisory opinion, it would forsake the opportunity to "assist the international community by clarifying how the rules concerning the ILOAT's jurisdiction should operate in respect of entities hosted by international organizations". The Fund contends that this phenomenon of "hosting" arrangements is "one of the most significant developments since the adoption of Article XII of the ILOAT Statute in 1946".

60. The Court is aware that there exists a range of hosting arrangements between international organizations which are concluded for a variety of reasons. Each arrangement is distinct and has different characteristics. There are hosting arrangements between two entities having separate legal personalities, and there are others concluded for the benefit of an entity without legal personality. An example of the former is the arrangement between the World Intellectual Property Organization — as the hosting organization — and the International Union for the Protection of New Varieties of Plants — as the hosted organization — which has legal personality under Article 24, paragraph 1, of its constituent instrument, the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants of 2 December 1961.

cédure écrite, le FIDA avait écrit au directeur général du Mécanisme mondial pour obtenir des informations à cet égard, dans les termes suivants:

> «Afin de nous aider dans la préparation de nos exposés devant la CIJ, le FIDA prie aimablement vos services de bien vouloir lui fournir la liste exhaustive de tous les accords et documents juridiques signés entre le Mécanisme mondial et d'autres entités, y compris des organisations internationales et des entités privées. Nous entendons faire figurer cette liste dans nos écritures, pour démontrer que la faculté qu'a le Mécanisme mondial de conclure des accords est un fait reconnu.» (Nations Unies, doc. ICCD/COP(10)/INF.3 du 11 août 2011, p. 30.)

Une telle liste est absente de l'exposé écrit du FIDA, soumis cinq mois plus tard.

58. En outre, la situation du Mécanisme mondial se distingue de celle du FIDA, son organisation d'accueil. L'accord portant création du FIDA dispose expressément que «[l]e Fonds possède la personnalité juridique internationale» (art. 10, sect. 1). Ses privilèges et immunités sont définis par renvoi à la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées du 21 novembre 1947 (art. 10, sect. 2, de l'accord portant création du FIDA), dont l'article II, section 3, spécifie que les institutions spécialisées qui — tel le FIDA — en relèvent sont expressément dotées de la capacité de contracter, d'acquérir et de disposer de biens immobiliers et mobiliers, ainsi que d'ester en justice dans les Etats qui — telle l'Italie — sont parties à la convention.

59. La Cour rappellera une observation formulée par le Fonds dans sa réponse à une question posée par un membre de la Cour au FIDA — et, par l'entremise de ce dernier, à M^me^ Saez García. Selon le Fonds, si la Cour refusait de donner un avis consultatif, elle se priverait de la possibilité d'aider «la communauté internationale en clarifiant [la manière dont les] règles relatives à la compétence du TAOIT [s'appliquent] aux entités hébergées par des organisations internationales». Le Fonds soutient que cette pratique des accords d'«hébergement» est «l'un[e] des [évolutions] les plus significati[ves] depuis l'adoption de l'article XII du statut du TAOIT en 1946».

60. La Cour n'ignore pas qu'il existe différents accords d'hébergement entre organisations internationales, conclus à des fins diverses. Chaque accord se distingue des autres et possède ses caractéristiques propres. Certains lient deux entités ayant chacune la personnalité juridique, tandis que d'autres sont adoptés au bénéfice d'une entité non dotée de personnalité juridique. Le premier type d'accords comprend, par exemple, celui conclu entre l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle — en tant qu'organisation d'accueil — et l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales — en tant qu'organisation hébergée —, qui a la personnalité juridique en vertu du paragraphe 1 de l'article 24 de son acte constitutif, la convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961.

61. By contrast, with regard to the Global Mechanism, the Court notes that the Convention directs the COP to identify an organization to house it and to make appropriate arrangements with such an organization for its administrative operations. It was for this reason that a Memorandum of Understanding was concluded between the COP and IFAD in 1999 as described in paragraph 54 above. Neither the Convention nor the MOU expressly confer legal personality on the Global Mechanism or otherwise endow it with the capacity to enter into legal arrangements. Further, in light of the different instruments setting up IFAD, the COP, the Global Mechanism and the Permanent Secretariat, and of the practice included in the record before the Court, the Global Mechanism had no power and has not purported to exercise any power to enter into contracts, agreements or "arrangements", internationally or nationally.

*

A. Response to Question I

62. The Court now turns to the questions put to it for an advisory opinion and notes that such questions should be asked in neutral terms rather than assuming conclusions of law that are in dispute. They should not include reasoning or argument. The questions asked in this case depart from that standard as reflected in normal practice. The Court will nevertheless address them.

63. The first question put to the Court is formulated as follows:

> "Was the ILOAT competent, under Article II of its Statute, to hear the complaint introduced against the International Fund for Agricultural Development (hereby the Fund) on 8 July 2008 by Ms A. T. S. G., an individual who was a member of the staff of the Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereby the Convention) for which the Fund acts merely as housing organization?"

64. The Court is requested to give its opinion on the competence of the ILOAT to hear the complaint brought against the Fund by Ms Saez García on 8 July 2008. The competence of the Tribunal regarding complaints filed by staff members of organizations other than the ILO is based on Article II, paragraph 5, of its Statute, according to which

> "[t]he Tribunal shall also be competent to hear complaints alleging non-observance, in substance or in form, of the terms of appointment of officials and of provisions of the Staff Regulations of any other international organization meeting the standards set out in the Annex"

61. En revanche, s'agissant du Mécanisme mondial, la Cour relève que la convention sur la désertification prévoyait que la conférence des parties identifierait une organisation pour y installer ledit Mécanisme et prendrait avec cette dernière des dispositions appropriées pour les opérations administratives de celui-ci. C'est pour cette raison que la conférence a conclu, en 1999, un mémorandum d'accord avec le FIDA, comme il est exposé au paragraphe 54 ci-dessus. Ni la convention ni le mémorandum d'accord ne confèrent expressément au Mécanisme mondial la personnalité juridique ou ne lui reconnaissent, d'une manière ou d'une autre, la capacité de conclure des arrangements juridiques. En outre, à la lumière des différents instruments portant création du FIDA, de la conférence des parties, du Mécanisme mondial et du secrétariat permanent, ainsi que de la pratique dont il est fait état dans le dossier soumis à la Cour, il apparaît que le Mécanisme mondial n'avait nullement la faculté de conclure des contrats, des accords ou des arrangements, sur le plan international ou national, ni n'a prétendu exercer une telle faculté.

■

A. Réponse à la question I

62. La Cour en vient à présent aux questions qui lui sont soumises pour avis consultatif et note que de telles questions doivent être libellées en termes neutres, sans impliquer de conclusions sur des points de droit contestés. Elles ne doivent pas comprendre de raisonnement ni d'arguments. Les questions posées en l'espèce s'éloignent de cette exigence, qui reflète la pratique habituelle. La Cour y répondra néanmoins.

63. La première question posée à la Cour est ainsi formulée:

> «Le Tribunal avait-il compétence, en vertu de l'article II de son statut, pour examiner la requête dirigée contre le Fonds international de développement agricole (ci-après dénommé le «Fonds»), en date du 8 juillet 2008, formée par M^me^ A. T. S. G., une personne physique qui était membre du personnel du Mécanisme mondial de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (ci-après dénommée la «Convention»), vis-à-vis duquel le Fonds joue simplement le rôle d'organisation d'accueil?»

64. Il est demandé à la Cour de donner un avis sur la compétence du TAOIT pour connaître de la requête formée contre le FIDA par M^me^ Saez García le 8 juillet 2008. La compétence du Tribunal à l'égard des requêtes introduites par les fonctionnaires d'organisations autres que l'OIT repose sur le paragraphe 5 de l'article II de son statut, en vertu duquel

> «[l]e Tribunal connaît aussi des requêtes invoquant l'inobservation, quant au fond ou quant à la forme, des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires ou des dispositions du statut du personnel des autres organisations internationales satisfaisant aux critères définis à l'annexe»

to the Statute of the ILOAT and having made a declaration recognizing the jurisdiction of the Tribunal.

65. The Fund recognized the jurisdiction of the Tribunal and accepted its Rules of Procedure with effect from 1 January 1989 (see paragraph 20 above). However, as implied in the formulation of its first question to the Court, the Fund considers Ms Saez García

> "a member of the staff of the Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereby the Convention) for which the Fund acts merely as housing organization".

The Fund therefore objected to the jurisdiction of the Tribunal with respect to the complaint filed by Ms Saez García, and in particular her pleas alleging that the Managing Director of the Global Mechanism exceeded his authority in deciding not to renew her contract and that the approved core budget of the Global Mechanism did not require the elimination of her post.

66. Before the Tribunal, the Fund contended that its acceptance of the jurisdiction of the ILOAT did not extend to entities that are hosted by it pursuant to international agreements. It maintained that the Global Mechanism was not an organ of the Fund, and that, even if the Fund administered the Global Mechanism, this did not make the Complainant a staff member of the Fund; nor did it make the actions of the Managing Director of the Global Mechanism attributable to the Fund. According to the Fund, despite the fact that the staff regulations, rules and policies of IFAD were applied to the Complainant, she was not a staff member of the Fund. Conversely, the Complainant submitted that she was a staff member of IFAD throughout the relevant period until her separation on 15 March 2006, and that her letters of appointment and renewal of contract all offered her an appointment with the Fund.

67. In its Judgment No. 2867 of 3 February 2010, the Tribunal rejected the jurisdictional objections made by the Fund and declared itself competent to entertain all the pleas set out in the complaint submitted by Ms Saez García. After examining the Fund's argument that the Tribunal did not have jurisdiction because the Fund and the Global Mechanism had separate legal identities, the Tribunal observed that:

> "The fact that the Global Mechanism is an integral part of the Convention and is accountable to the Conference does not necessitate the conclusion that it has its own legal identity . . . Nor does the stipulation in the MOU that the Global Mechanism is to have a 'separate identity' indicate that it has a separate legal identity, or more precisely for present purposes, that it has separate legal personality." (Judgment No. 2867, p. 11, para. 6.)

du statut du TAOIT qui auront fait une déclaration reconnaissant sa compétence.

65. Le FIDA a reconnu la compétence du Tribunal et accepté ses règles de procédure avec effet au 1er janvier 1989 (voir paragraphe 20 ci-dessus). Cependant, comme le laisse entendre la formulation de la première question posée à la Cour, il considère que Mme Saez García était

> «un membre du personnel du Mécanisme mondial de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (ci-après dénommée la Convention), vis-à-vis duquel le Fonds joue simplement le rôle d'organisation d'accueil».

Le Fonds a donc contesté la compétence du Tribunal pour connaître de la requête formée par Mme Saez García, en particulier pour examiner ses arguments selon lesquels, d'une part, le directeur général du Mécanisme mondial avait outrepassé ses pouvoirs en décidant de ne pas renouveler son contrat et, d'autre part, le budget de base du Mécanisme mondial tel qu'approuvé n'imposait pas l'abolition de son poste.

66. Le FIDA a fait valoir devant le TAOIT que son acceptation de la compétence du Tribunal ne s'étendait pas aux entités qu'il hébergeait en application d'accords internationaux. Il a soutenu que le Mécanisme mondial n'était pas un organe du Fonds et que, même si ce dernier l'administrait, la requérante n'en était pas pour autant un fonctionnaire du Fonds, pas plus que les actes du directeur général du Mécanisme n'étaient imputables au Fonds. Selon lui, en dépit du fait que les dispositions statutaires ou réglementaires du FIDA en matière de personnel étaient appliquées à la requérante, celle-ci n'était pas un fonctionnaire du Fonds. A l'inverse, la requérante affirmait qu'elle était bien un fonctionnaire du Fonds durant toute la période considérée, jusqu'à sa cessation de service le 15 mars 2006, et que ses lettres d'engagement et de renouvellement de contrat lui offraient toutes un poste au FIDA.

67. Dans son jugement n° 2867 du 3 février 2010, le Tribunal a rejeté les exceptions d'incompétence soulevées par le Fonds et s'est déclaré compétent pour connaître de toutes les demandes figurant dans la requête déposée par Mme Saez García. Après avoir examiné l'argument du Fonds selon lequel le Tribunal n'était pas compétent au motif que le FIDA et le Mécanisme mondial avaient des identités juridiques distinctes, le Tribunal a fait observer ce qui suit:

> «Le fait que le Mécanisme mondial fait partie intégrante de la Convention et qu'il est responsable devant la Conférence n'emporte pas la conclusion qu'il a sa propre identité juridique... Quant à la clause du mémorandum d'accord qui veut que le Mécanisme mondial ait une «identité distincte», elle ne signifie pas non plus qu'il ait une identité juridique distincte ou, plus précisément en l'espèce, qu'il ait une personnalité juridique distincte.» (Jugement n° 2867, p. 11, par. 6.)

The Tribunal then referred to the provisions of the MOU, and stated that:

> "[I]t is clear that the words 'an organic part of the structure of the Fund' indicate that the Global Mechanism is to be assimilated to the various administrative units of the Fund for all administrative purposes. The effect of this is that administrative decisions taken by the Managing Director in relation to staff in the Global Mechanism are, in law, decisions of the Fund." (Judgment No. 2867, p. 12, para. 7.)

Following this analysis, the Tribunal concluded as follows:

> "Given that the personnel of the Global Mechanism are staff members of the Fund and that the decisions of the Managing Director relating to them are, in law, decisions of the Fund, adverse administrative decisions affecting them are subject to internal review and appeal in the same way and on the same grounds as are decisions relating to other staff members of the Fund. So too, they may be the subject of a complaint to this Tribunal in the same way and on the same grounds as decisions relating to other staff members." (*Ibid.*, p. 14, para. 11.)

68. It is this confirmation by the Tribunal of its "competence to hear" the complaint filed by Ms Saez Garcia that is challenged by the Executive Board of the Fund, under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and is the object of the first question put to the Court as reproduced in paragraph 63 above. To answer this question, the Court has to consider whether the Tribunal had the competence to hear the complaint submitted by Ms Saez Garcia in accordance with Article II, paragraph 5, of its Statute. According to this provision, for the Tribunal to exercise its jurisdiction it is necessary that there should be a complaint alleging non-observance of the "terms of appointment of officials" of an organization that has accepted its jurisdiction or "of provisions of the Staff Regulations" of such an organization. It follows from this that the Tribunal could hear the complaint only if the complainant was an official of an organization that has recognized the jurisdiction of the Tribunal, and if the complaint related to the non-observance of the terms of appointment of such an official or the provisions of the staff regulations of the organization. The first set of conditions has to be examined with reference to the competence *ratione personae* of the Tribunal, while the second has to be considered within the context of its competence *ratione materiae*.

69. The Court will examine these two sets of conditions below. However, before doing so, a brief overview of the factual background to the case decided by the Tribunal is warranted.

1. Factual background

70. Ms Saez Garcia, a national of Venezuela, was offered by IFAD on 1 March 2000 a two-year fixed-term contract at P-4 level to serve as a

Le Tribunal a ensuite fait référence aux dispositions du mémorandum d'accord et a déclaré:

> «[I]l est manifeste que les mots «constitu[e] ... un élément organique de la structure du Fonds» indiquent que le Mécanisme mondial doit, à toutes fins administratives, être assimilé aux divers services administratifs du Fonds. La conséquence en est que les décisions administratives prises par le Directeur général au sujet du personnel du Mécanisme mondial sont, en droit, des décisions du Fonds.» (Jugement n° 2867, p. 12-13, par. 7.)

Sur la base de cette analyse, le Tribunal a formulé la conclusion suivante:

> «Dès lors que les membres du personnel du Mécanisme mondial sont des fonctionnaires du Fonds et que les décisions du Directeur général les concernant sont, en droit, des décisions du Fonds, les décisions administratives leur faisant grief sont susceptibles de faire l'objet d'un réexamen et d'un recours interne de la même manière et pour les mêmes motifs que les décisions concernant les autres fonctionnaires du Fonds. Elles peuvent donc faire également l'objet d'une requête devant le Tribunal de céans de la même manière et pour les mêmes motifs que les décisions concernant les autres fonctionnaires.» (*Ibid.*, p. 14-15, par. 11.)

68. C'est cette affirmation par le Tribunal de sa «compétence pour connaître» de la requête déposée par M^me^ Saez García qui est contestée par le conseil d'administration du FIDA, agissant dans le cadre de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, et qui fait l'objet de la première question posée à la Cour, telle que reproduite au paragraphe 63 ci-dessus. Pour répondre à cette question, la Cour doit rechercher si le Tribunal était compétent pour connaître de la requête formée par M^me^ Saez García en vertu du paragraphe 5 de l'article II de son statut. Aux termes de cette disposition, le Tribunal ne peut exercer sa compétence que s'il est saisi d'une requête invoquant l'inobservation «des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires» d'une organisation qui a accepté sa compétence «ou des dispositions du statut du personnel» de cette organisation. Il s'ensuit que le Tribunal ne pouvait examiner cette requête que si, d'une part, le requérant était un fonctionnaire d'une organisation ayant reconnu sa compétence et si, d'autre part, sa requête était liée à l'inobservation des stipulations de son contrat d'engagement ou des dispositions du statut du personnel de cette organisation. La première condition doit être examinée dans le cadre de la compétence *ratione personae* du Tribunal et la seconde, dans celui de sa compétence *ratione materiae*.

69. Avant que la Cour examine ces deux conditions, un bref aperçu du contexte factuel de l'affaire sur laquelle a statué le Tribunal s'impose.

1. Le contexte factuel

70. Le 1^er^ mars 2000, M^me^ Saez García, ressortissante vénézuélienne, reçut du FIDA une offre d'engagement d'une durée déterminée de deux

Programme Officer in the Global Mechanism. She accepted this offer on 17 March 2000. Subsequently, her contract was twice extended, to 15 March 2004 and 15 March 2006, respectively. In addition, her title changed to "Programme Manager, Latin America Region", from 22 March 2002, and is subsequently referred to, in the notice of non-renewal of her contract from the Managing Director of the Global Mechanism, as "[P]rogramme [M]anager for GM's regional desk for Latin America and the Caribbean". By a memorandum of 15 December 2005, the Managing Director of the Global Mechanism informed her that the COP had decided to cut the Global Mechanism's budget for 2006-2007 by 15 per cent. As a result, the number of staff paid through the core budget had to be reduced. Her post would therefore be abolished and her contract would not be renewed upon expiry on 15 March 2006. He offered her a six-month contract as consultant from 26 March to 15 September 2006 as "an attempt to relocate her and find a suitable alternative employment". Ms Saez García did not accept that contract.

On 10 May 2006, Ms Saez García requested a facilitation process, which ended with no settlement on 22 May 2007. She then filed an appeal with the JAB on 27 June 2007, challenging the Managing Director's decision of 15 December 2005. In its report of 13 December 2007, the JAB unanimously recommended that Ms Saez García be reinstated within the Global Mechanism under a two-year fixed-term contract and that the Global Mechanism pay her an amount equivalent to all the salaries, allowances and entitlements she had lost since March 2006.

By a memorandum of 4 April 2008, the President of the Fund informed Ms Saez García that he had decided to reject the recommendations of the JAB. It is this decision of the President of the Fund that was impugned before ILOAT and set aside by it (see paragraph 50 above).

2. Jurisdiction ratione personae *of the Tribunal in relation to the complaint submitted by Ms Saez García*

71. Since recourse to the ILOAT is open to staff members of IFAD, the Court will now consider whether Ms Saez García was an official of the Fund, or of some other entity that did not recognize the jurisdiction of the Tribunal. The Court notes that the word "official", used in the ILO Staff Regulations, as well as in the Statute of the Tribunal, and the words "staff member", used in the staff regulations and rules of many other organizations, may be considered to have the same meaning in the present context; the Court thus will use both terms interchangeably. The document entitled "IFAD Human Resources Policy" defines a staff member as "a person or persons holding a regular, career, fixed-term, temporary or indefinite contract with the Fund". To qualify as a staff member

ans pour un poste d'administrateur de programme de classe P-4 au sein du Mécanisme mondial, offre qu'elle accepta le 17 mars 2000. Son contrat fut ensuite renouvelé une première fois jusqu'au 15 mars 2004 et une seconde fois jusqu'au 15 mars 2006, l'intitulé de son poste devenant «chef de programme pour la région de l'Amérique latine» à compter du 22 mars 2002, puis «chef de programme au bureau régional du Mécanisme mondial pour l'Amérique latine et les Caraïbes» dans l'avis de non-renouvellement de son contrat signé par le directeur général. Par un mémorandum en date du 15 décembre 2005, le directeur général du Mécanisme l'informa que la conférence des parties avait décidé de réduire de quinze pour cent le budget du Mécanisme pour l'exercice biennal 2006-2007 et qu'il fallait en conséquence diminuer les effectifs émargeant au budget de base, ce qui entraînerait la suppression de son poste et le non-renouvellement de son contrat lorsqu'il viendrait à expiration le 15 mars 2006. Il lui offrait un contrat de consultant de six mois du 26 mars au 15 septembre 2006 dans un «effort pour la réaffecter et lui trouver un autre emploi qui lui convienne», offre que M^me^ Saez García déclina.

Le 10 mai 2006, M^me^ Saez García demanda l'ouverture d'une procédure de concertation, qui se conclut le 22 mai 2007 sans qu'un accord ait été trouvé. Le 27 juin 2007, elle introduisit un recours auprès de la commission paritaire pour contester la décision du directeur général du 15 décembre 2005. Dans son rapport du 13 décembre 2007, la commission paritaire recommanda à l'unanimité que M^me^ Saez García soit réintégrée sur la base d'un contrat d'une durée déterminée de deux ans au sein du Mécanisme mondial et que ce dernier lui verse une somme équivalant à l'intégralité des traitements, allocations et indemnités qu'elle n'avait pas perçus depuis mars 2006.

Par un mémorandum en date du 4 avril 2008, le président du Fonds informa M^me^ Saez García qu'il avait décidé de rejeter les recommandations de la commission paritaire. C'est cette décision du président du Fonds que la requérante a attaquée devant le Tribunal et que celui-ci a annulée (voir paragraphe 50 ci-dessus).

2. La compétence ratione personae *du Tribunal à l'égard de la requête introduite par M^me^ Saez García*

71. Une procédure de recours devant le TAOIT étant ouverte aux fonctionnaires du FIDA, la Cour va à présent rechercher si M^me^ Saez García était un fonctionnaire du Fonds, ou d'une autre entité n'ayant pas reconnu la compétence du Tribunal. La Cour relève que le terme «fonctionnaire», employé dans le statut du personnel de l'OIT, ainsi que dans le statut du Tribunal, et l'expression «membre du personnel», utilisée dans les dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel de nombreuses autres organisations internationales, peuvent être considérés comme synonymes dans le présent contexte; elle les emploiera donc indifféremment. Le document intitulé «Politique en matière de ressources humaines» définit un membre du personnel ou un fonctionnaire comme étant une personne

of the Fund, Ms Saez García would have to hold one of the above-mentioned contracts with the Fund.

72. The Court notes that on 1 March 2000, Ms Saez García received an offer of employment, written on the Fund letterhead, for "a fixed-term appointment for a period of two years with the International Fund for Agricultural Development (IFAD)". The letter stated that the appointment "[would] be made in accordance with the general provisions of the IFAD Personnel Policies Manual . . . [and] with such Administrative Instructions as may be issued . . . regarding the application of the Manual". The offer of appointment also noted that her contract might be terminated by IFAD with one month's written notice and that she was subject to a probationary period as prescribed in Section 4.8.2 of the PPM. Moreover, under the terms of the offer, she was required to give written notice of at least one month to IFAD of any desire to terminate her contract. The renewals of her contract to March 2004 and to March 2006, respectively, referred to an "extension of [her] appointment with the International Fund for Agricultural Development". It was also said in the letters of renewal that all other conditions of her employment would remain unchanged and that her appointment would "continue to be governed by the Personnel Policies Manual, together with the provisions of the Human Resources Handbook regarding the application of the Manual".

73. The above-mentioned facts are not contested by the Fund. In its written statement to the Court, the Fund makes the following observations:

> "It is true that the offer and extension letters in the case of the Complainant were all issued on IFAD letterhead by IFAD officials and all of them refer to an 'appointment with the International Fund for Agricultural Development'. The initial offer letter dated 1 March 2000, which was signed by the Director of the Fund's Personnel Division, also stated that the Complainant's 'employment may be terminated by IFAD' and that she 'will be required to give written notice of at least one month to IFAD' should she wish to terminate her employment during the probationary period. While the two extension letters are silent on termination and resignation, both state that '[a]ll other conditions of employment will remain unchanged'."

74. Notwithstanding the above, the Fund maintains that Ms Saez García was not an IFAD official, but a staff member of the Global Mechanism which has not recognized the jurisdiction of the Tribunal. In this connection, it refers to the fact that the 1 March 2000 contract also contained the following statement:

> "The position you are being offered is that of Programme Officer in the Global Mechanism of the Convention to Combat Desertifica-

titulaire d'un engagement régulier de carrière, de durée déterminée, temporaire ou de durée indéterminée au Fonds. Pour bénéficier du statut de membre du personnel du FIDA, Mme Saez García devait donc être titulaire de l'un des contrats susvisés au Fonds.

72. La Cour note que, le 1er mars 2000, Mme Saez García s'est vu proposer, dans une lettre portant l'en-tête du FIDA, « un engagement d'une durée déterminée de deux ans au Fonds international de développement agricole (FIDA) ». Il y était spécifié que sa nomination « [serait] régie par les dispositions générales du manuel des politiques concernant le personnel du FIDA ... [et par] les instructions administratives concernant l'application du manuel qui pourr[aie]nt être publiées ». De plus, le FIDA pourrait mettre fin à son engagement moyennant un préavis d'un mois et elle serait soumise à une période d'essai en application de l'article 4.8.2 du manuel des politiques concernant le personnel du FIDA. L'offre stipulait aussi que, au cas où elle désirerait mettre un terme à son emploi, elle devrait en aviser le FIDA par écrit au moins un mois à l'avance. Les lettres de renouvellement de son contrat, jusqu'en mars 2004 et mars 2006, respectivement, lui offraient « une prorogation de [son] engagement au Fonds international de développement agricole », en précisant que toutes les autres conditions d'emploi demeureraient inchangées et que son engagement « continuera[it] à être régi par le manuel des politiques concernant le personnel et par les dispositions du manuel de gestion des ressources humaines relatif à son application ».

73. Les faits susmentionnés ne sont pas contestés par le FIDA. Dans l'exposé écrit qu'il a soumis à la Cour, ce dernier formule les observations suivantes :

> « Il est vrai que l'offre et les lettres de prolong[ation] ... étaient toutes publiées sur du papier à en-tête du FIDA, par des fonctionnaires du FIDA, et [que] toutes se réf[éraient] à une « nomination auprès du Fonds international de développement agricole ». La première lettre d'offre, en date du 1er mars 2000, signée par le directeur de la division du personnel du Fonds, déclarait également que « l'emploi de la requérante [pouvait] être résilié par le FIDA » et qu'elle « sera invitée à donner un préavis écrit d'au moins un mois au FIDA » au cas où elle désirerait mettre un terme à son emploi au cours de la période d'essai. Si les deux lettres de prolongation sont muettes quant à la résiliation et la démission, toutes deux déclarent que « toutes les autres conditions d'emploi resteront inchangées ». »

74. Nonobstant ce qui précède, le Fonds soutient que Mme Saez García était membre non du personnel du FIDA, mais de celui du Mécanisme mondial, qui n'a pas reconnu la compétence du Tribunal. Il souligne à cet égard la mention figurant dans la lettre d'engagement en date du 1er mars 2000, qui se lit comme suit :

> « [L]e poste [qui vous est offert] est celui [d'administrateur] de programme au Mécanisme mondial de la convention des Nations Unies

> tion, Office of the President (OP), in which capacity you would be responsible to the Managing Director of the Global Mechanism."

It also argues that, throughout her employment with the Global Mechanism, Ms Saez García "was never charged with performing any of the functions of the Fund, nor had she been employed by the Fund or performed functions for the Fund prior to being employed by the Global Mechanism". Moreover, the Fund contends that IFAD and the Global Mechanism are separate legal entities, and that the Tribunal should have taken into account the consequences of this separation for its jurisdiction with respect to the complaint filed by Ms Saez García.

75. Ms Saez García submits that she was a staff member of the Fund and that the staff regulations and rules of the Fund applied to her. She further contends that the Managing Director of the Global Mechanism was an officer of the Fund and that his actions were, in law, the actions of the Fund.

76. The Court observes that a contract of employment entered into between an individual and an international organization is a source of rights and duties for the parties to it. In this context, the Court notes that the offer of appointment accepted by Ms Saez García on 17 March 2000 was made on behalf of the Fund by the Director of its Personnel Division, and that the subsequent renewals of this contract were signed by personnel officers of the same Division of the Fund. The Fund does not question the authority vested in these officials to act on its behalf on personnel matters. These offers were made in accordance with the general provisions of the PPM, which then contained the general conditions and terms of employment with the Fund, as well as the respective duties and obligations of the Fund and the staff. As the Court stated in its 1956 Advisory Opinion, staff regulations and rules of the organization in question "constitute the legal basis on which the interpretation of the contract must rest" (*I.C.J. Reports 1956*, p. 94). It follows from this that an employment relationship, based on the above-mentioned contractual and statutory elements, was established between Ms Saez García and the Fund. This relationship qualified her as a staff member of the Fund. The fact that she was assigned to perform functions related to the mandate of the Global Mechanism does not mean that she could not be a staff member of the Fund. The one does not exclude the other. In this context, reference may also be made to the fact that IFAD included Ms Saez García's name on the list of IFAD officials for whom the Organization claimed privileges and immunities in the host country in accordance with the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies.

77. Ms Saez García's legal relationship with the Fund as a staff member is further evidenced by the facts surrounding her appeal against the decision to abolish the post of Programme Manager for the Global Mechanism's regional desk for Latin America and the Caribbean, and the consequent non-renewal of her fixed-term appointment. Her appeals were

sur la lutte contre la désertification, bureau du président (BP), et, en cette qualité, vous serez responsable [devant le] directeur général du Mécanisme mondial.»

Il fait également valoir que, pendant toute la période où elle était employée par le Mécanisme mondial, Mme Saez García «n'a jamais été chargée d'exécuter une quelconque fonction du Fonds, ni employée par le Fonds, ni chargée d'exécuter des fonctions pour le Fonds avant d'être employée par le Mécanisme mondial». Il soutient en outre que le FIDA et le Mécanisme mondial sont des entités juridiques distinctes, et que le Tribunal aurait dû prendre en considération les conséquences d'une telle séparation avant de se déclarer compétent pour connaître de la requête introduite par Mme Saez García.

75. Mme Saez García affirme qu'elle était un fonctionnaire du Fonds et que les dispositions statutaires ou réglementaires du FIDA en matière de personnel lui étaient applicables. Elle affirme en outre que le directeur général du Mécanisme mondial était un fonctionnaire du Fonds et que ses actes étaient, en droit, des actes du Fonds.

76. La Cour fait observer que la signature d'un contrat d'engagement entre une personne et une organisation internationale crée des droits et des devoirs pour les parties à ce contrat. A cet égard, la Cour relève que l'offre d'engagement acceptée par Mme Saez García le 17 mars 2000 a été faite au nom du FIDA par le directeur de la division du personnel du Fonds et que les prolongations ultérieures ont été signées par des administrateurs du personnel de cette même division. Le Fonds ne conteste pas que ces fonctionnaires étaient habilités à agir en son nom pour traiter des questions de personnel. Ces offres étaient conformes aux dispositions générales du manuel des politiques concernant le personnel du FIDA, qui énonçait à l'époque les conditions générales d'emploi au FIDA, ainsi que les devoirs et obligations respectifs du Fonds et de ses fonctionnaires. Comme la Cour l'a indiqué dans son avis consultatif de 1956, le statut et le règlement du personnel de l'organisation concernée «constituent la base juridique sur laquelle doit s'appuyer l'interprétation du contrat» (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 94). Il s'ensuit qu'une relation de travail, fondée sur les éléments contractuels et statutaires susmentionnés, a été instituée entre Mme Saez García et le FIDA, qui fait de cette dernière un fonctionnaire du Fonds. Le fait que Mme Saez García ait été recrutée pour exercer des fonctions relevant du mandat du Mécanisme mondial ne signifie pas qu'elle ne pouvait pas être un fonctionnaire du Fonds. L'un n'exclut pas l'autre. A cet égard, il convient de mentionner que le nom de Mme Saez García figurait sur la liste des fonctionnaires du FIDA pouvant prétendre à des privilèges et immunités dans le pays hôte conformément à la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées.

77. Une autre preuve du lien juridique qui unissait Mme Saez García au FIDA en sa qualité de fonctionnaire du Fonds est fournie par les conditions dans lesquelles a été instruit le recours qu'elle a formé pour contester la décision de supprimer le poste de chef de programme au bureau régional du Mécanisme mondial pour l'Amérique latine et les Caraïbes et,

initially lodged with the internal machinery established by the Fund for handling staff grievances, namely the facilitation process and the JAB. The record before the Court includes no evidence that the Fund objected to the use of these procedures by Ms Saez García. The facilitation process was conducted by a facilitator appointed by the IFAD administration and in accordance with Chapter 10 of the HRPM. That process was terminated in accordance with paragraph 10.21.1 *(b)* of the HRPM. Similarly, the JAB was convened under the terms of the HRPM and its report and recommendations were submitted to the President of IFAD for consideration in accordance with the procedures established by Chapter 10 (Sec. 10.38) of the HRPM. In a memorandum dated 4 April 2008, the President of IFAD rejected the recommendations of the JAB to reinstate Ms Saez García to a position in the Global Mechanism with a two-year fixed-term contract from the date of reinstatement. However, the President's memorandum does not contain any indication that Ms Saez García was not a staff member of the Fund. On the contrary, it is stated in the memorandum that "the non-reneval of your fixed-term contract was in accordance with Section 1.21.1 of the IFAD HRPM". There is also nothing to suggest that, in rejecting therecommendation of the JAB, the President was acting otherwise than inhis capacity as the President of IFAD.

78. The Court turns now to the other arguments submitted by the Fund to support its contention that Ms Saez García was not a staff member of the Fund. First, the Fund refers to an administrative instruction issued by IFAD in the form of a President's Bulletin on 21 January 2004 which, according to the Fund, wasmeant "to refine and clarify the legal position of the personnel working for the Global Mechanism", and quotes paragraph 11 *(c)* of the Bulletin in which it is stated that:

> "IFAD's rules and regulations on the provision of career contracts for fixed-term staff shall not apply to the staff of the Global Mechanism, except for those that have already received a career contract as a result of their earlier employment with IFAD".

For the Fund, this stipulation makes clear that "while Global Mechanism staff are not IFAD staff, some of IFAD's rules and regulations apply *mutatis mutandis* to Global Mechanism staff".

Secondly, the Fund asserts that, although the Tribunal acknowledged that IFAD took the position that "neither the COP nor the GM has recognized the jurisdiction of the Tribunal", it did not address this point explicitly in its ruling and proceeded to exercise jurisdiction. Therefore, the Fund invites the Court to take note of the fact that neither the Global Mechanism nor the COP has recognized the jurisdiction of the Tribunal, and that consequently the Tribunal lacked jurisdiction.

partant, le non-renouvellement de son engagement de durée déterminée. Elle a dans un premier temps utilisé les procédures de recours internes mises en place par le Fonds pour traiter les plaintes émanant de ses fonctionnaires, à savoir la procédure de concertation puis la commission paritaire. Le dossier soumis à la Cour ne contient aucun élément indiquant que le Fonds s'est opposé à ce que Mme Saez García en fasse usage. La procédure de concertation s'est déroulée conformément au chapitre 10 du manuel de procédures, sous la direction d'une personne nommée par l'administration du FIDA, et s'est achevée conformément à l'article 10.21.1, al. *b)*, du manuel. De même, la commission paritaire a été saisie conformément aux dispositions du manuel, et son rapport et ses recommandations ont été soumis pour examen au président du Fonds, conformément aux dispositions du chapitre 10 (art. 10.38) dudit manuel. Dans un mémorandum daté du 4 avril 2008, le président du FIDA a rejeté les recommandations de la commission paritaire tendant à ce que Mme Saez García soit réintégrée au sein du Mécanisme mondial sur la base d'un contrat d'une durée déterminée de deux ans à compter de la date de sa réintégration. Il convient de souligner que rien dans ce mémorandum n'indiquait que Mme Saez García n'était pas fonctionnaire du FIDA. Au contraire, il y était précisé que «le non-renouvellement de son contrat de durée déterminée a[vait] été [décidé conformément] aux dispositions de l'article 1.21.1 du manuel de procédures». Rien ne laisse penser non plus que le président, lorsqu'il a rejeté les recommandations de la commission paritaire, agissait à un autre titre que celui de président du FIDA.

78. La Cour examinera à présent les autres arguments avancés par le FIDA pour tenter de prouver que Mme Saez García n'était pas membre du personnel du Fonds. En premier lieu, il mentionne une instruction administrative publiée par le FIDA sous la forme d'un bulletin du président en date du 21 janvier 2004, qui, selon le FIDA, est censée «[préciser] et clarifier la position juridique du personnel du Mécanisme mondial», dont il cite le paragraphe 11, al. *c)*:

> «les règles et règlements du FIDA relatifs à l'octroi des contrats de carrière à durée déterminée ne s'appliquent pas au personnel du Mécanisme, à l'exception des employés ayant déjà obtenu un contrat de carrière en raison d'un emploi antérieur au sein du FIDA».

Selon le FIDA, cette clause montre clairement que, «si les [membres du personnel] du Mécanisme mondial ne sont pas des [membres du personnel] du FIDA, certaines règles et réglementations du FIDA s'appliquent *mutatis mutandis* aux [membres du personnel] du Mécanisme mondial».

En deuxième lieu, le Fonds affirme que, même s'il a pris acte de la position du FIDA selon laquelle «ni la conférence des parties ni le Mécanisme mondial n'ont reconnu sa compétence», le Tribunal n'a pas expressément abordé ce point lorsqu'il s'est prononcé sur sa compétence et a décidé de l'exercer. Aussi le Fonds invite-t-il la Cour à prendre note du fait que ni le Mécanisme mondial ni la conférence des parties n'ont reconnu la compétence du Tribunal et que celui-ci n'était donc pas compétent.

Thirdly, the Fund argues that the Tribunal did not have jurisdiction to review the decision not to renew Ms Saez García's contract which was taken by the Managing Director of the Global Mechanism as he was not "a member of IFAD's staff in his dealings with the Complainant". According to the Fund, the Tribunal had, therefore, no jurisdiction to examine the decision of the Managing Director to abolish the post of Ms Saez García or the budgetary reasons underlying that decision.

79. The Court first notes that staff members of the Global Mechanism are not eligible, under the terms of the IFAD President's Bulletin mentioned above, for career appointments under the staff regulations and rules of the Fund. This does not however put them outside the purview of such provisions, nor deprive them of the possibility of being appointed on the basis of renewable fixed-term contracts. In this connection, the Court recalls that the complaint filed by Ms Saez García with the ILOAT was not about the alleged failure of IFAD to grant her a career contract, but about the non-renewal of her fixed-term contract. The Court also recalls that paragraph 10 of the same Bulletin provides that:

> "As a matter of principle and where there is an absence of a specific provision to the contrary, as specified below, the Global Mechanism shall be subject to all provisions of IFAD's Personnel Policies Manual (PPM) and Human Resources Handbook (HRH), as they may be amended."

It is the Court's view that the provisions of the IFAD President's Bulletin constitute further evidence of the applicability of the staff regulations and rules of IFAD to the fixed-term contracts of Ms Saez García, and provide additional indication of the existence of an employment relationship between her and the Fund.

80. The Court next takes note of the fact that, as underlined by the Fund and based on the record before it, neither the COP nor the Global Mechanism has accepted the jurisdiction of the ILOAT. The Tribunal did not however base its jurisdiction with respect to the complaint filed by Ms Saez García on such acceptance. The judgment rendered by the Tribunal shows that it decided to exercise its jurisdiction after having concluded that Ms Saez García and other staff members of the Global Mechanism were staff members of the Fund and, as such, were entitled to submit complaints to the Tribunal in the same way and on the same grounds as other staff members of the Fund.

81. Finally, with respect to the Fund's contention that the Managing Director of the Global Mechanism was not a staff member of IFAD, the Court considers that the status of the Managing Director has no relevance to the Tribunal's jurisdiction *ratione personae*, which depends solely on the status of Ms Saez García. The Court will examine the status of the Managing Director, rather, in its treatment of the Tribunal's jurisdiction *ratione materiae* below.

En troisième lieu, le FIDA soutient que le Tribunal n'était pas compétent pour examiner la décision prise par le directeur général du Mécanisme mondial de ne pas renouveler le contrat de Mme Saez García car ce dernier n'était pas «membre du personnel du FIDA quand il a traité avec la requérante». Selon le Fonds, le Tribunal n'était donc pas compétent pour examiner la décision du directeur général de supprimer le poste de Mme Saez García ni les raisons budgétaires à l'origine de cette décision.

79. La Cour relèvera d'abord que, aux termes du bulletin du président mentionné plus haut, les membres du personnel du Mécanisme mondial ne peuvent prétendre, en vertu des dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel du Fonds, à des contrats de carrière. Cela ne les soustrait pas pour autant à ces dispositions ni ne les prive de la possibilité d'être recrutés sur la base de contrats de durée déterminée renouvelables. A cet égard, la Cour tient à rappeler que, dans la requête qu'elle a formée devant le Tribunal, Mme Saez García faisait grief au FIDA non de ne pas lui avoir octroyé un contrat de carrière, mais de ne pas avoir renouvelé son contrat de durée déterminée. Elle rappelle également que le paragraphe 10 de ce même bulletin est libellé comme suit:

> «En principe et en l'absence d'une disposition contraire expresse, comme précisé ci-dessous, le Mécanisme sera soumis à toutes les dispositions du manuel des politiques concernant le personnel [du FIDA] et du manuel de gestion des ressources humaines y relatif, telles qu'éventuellement modifiées.»

La Cour voit dans les stipulations du bulletin du président du FIDA une preuve supplémentaire de l'applicabilité aux contrats de durée déterminée de Mme Saez García des dispositions statutaires ou réglementaires visant le personnel du Fonds, et la confirmation de l'existence d'une relation de travail entre l'intéressée et le Fonds.

80. La Cour prend ensuite note du fait que, comme l'a souligné le Fonds et comme cela ressort du dossier, ni la conférence des parties ni le Mécanisme mondial n'ont accepté la compétence du TAOIT. Le Tribunal n'a cependant pas fondé sa compétence à l'égard de la requête formée par Mme Saez García sur une telle acceptation. Le jugement rendu par le Tribunal montre que celui-ci a décidé d'exercer sa compétence après avoir conclu que Mme Saez García et d'autres membres du personnel du Mécanisme mondial étaient des fonctionnaires du Fonds et que, à ce titre, ils avaient le droit de former un recours devant lui de la même manière et pour les mêmes motifs que les autres fonctionnaires du Fonds.

81. S'agissant enfin de l'argument du FIDA selon lequel le directeur général du Mécanisme mondial n'était pas un fonctionnaire du Fonds, la Cour estime que le statut du directeur général est dénué de pertinence aux fins de la compétence *ratione personae* du Tribunal, laquelle ne dépend que du statut de Mme Saez García. Elle s'intéressera au statut du directeur général dans le cadre de l'examen de la compétence *ratione materiae* du Tribunal auquel elle procédera ci-après.

82. In light of the above, the Court concludes that the Tribunal was competent *ratione personae* to consider the complaint brought by Ms Saez García against IFAD on 8 July 2008.

3. Jurisdiction ratione materiae *of the Tribunal*

83. As a staff member of the Fund, Ms Saez García had the right to submit her complaint to the ILOAT. The HRPM provides in Section 10.40.1 as follows:

> "Staff members have the right to appeal to the ILOAT, under the procedures prescribed in its Statute and Rules, against: *(a)* final decisions taken by the President; and *(b)* after the expiration of the period prescribed in para. 10.39.2 above, the failure of the President to take a final decision."

84. The Fund, however, argues that, even if it were to be assumed that the Tribunal had jurisdiction *ratione personae* over the Complainant because of her being a staff member of the Fund, the Tribunal would still not have jurisdiction *ratione materiae* over the complaint. The Fund emphasizes that, under the terms of Article II, paragraph 5, of the Statute of the ILOAT, there are only two classes of complaints that the Tribunal is competent to hear, namely: (1) complaints alleging "non-observance, in substance or form, of the terms of appointment of officials"; and (2) complaints alleging non-observance "of provisions of the Staff Regulations". The Fund argues that, based on the text of the Complainant's pleadings submitted to the Tribunal, it is clearly not possible to fit her complaints under the two classes of complaints set forth in Article II, paragraph 5, of the Tribunal's Statute. It asserts that the Complainant's case was placed entirely on a different basis, namely, paragraphs 4 and 6 of Section III A of the MOU, which the Complainant used to argue, first, that the Managing Director exceeded his authority in deciding not to renew her contract and, secondly, that the "core budget" approved by the Conference did not require the abolition of her post. The reliance by the Complainant on these provisions of the MOU was acknowledged and described by the Tribunal in paragraph 4 of its judgment (p. 10). The Fund further argues that the Tribunal lacked jurisdiction to entertain these submissions, which did not contain allegations of non-observance of IFAD staff regulations and rules, and erred by nonetheless proceeding to adjudicate the Complainant's claims on this basis.

85. The Fund also contends that the Tribunal was not competent to entertain the Complainant's arguments as derived from the MOU, the UNCCD or the COP's decisions, as these are outside the scope of Article II, paragraph 5, of the Tribunal's Statute. According to the Fund, the Tribunal, in reaching its conclusions, examined the internal decision-making process established by the Convention, even though neither the COP nor any other organ or agent of the Convention is subject to the Tribunal's jurisdiction. Thus, for the Fund, the Tribunal treated the

82. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que le Tribunal était compétent *ratione personae* pour examiner la requête formée par M^me^ Saez García contre le FIDA le 8 juillet 2008.

3. La compétence ratione materiae *du Tribunal*

83. En tant que fonctionnaire du Fonds, M^me^ Saez García avait le droit d'introduire une requête auprès du Tribunal. Aux termes de l'article 10.40.1 du manuel de procédures:

> «Les fonctionnaires ont le droit de former un recours auprès du TAOIT, conformément aux procédures prescrites dans le statut et le règlement, pour contester: *a)* les décisions finales prises par le président; et *b)* l'absence de décision finale par le président à l'expiration du délai prescrit à l'article 10.39.2 ci-dessus.»

84. Or le Fonds soutient que, à supposer même que le Tribunal soit compétent *ratione personae* à l'égard de la requérante parce que celle-ci était un fonctionnaire du FIDA, il n'en serait pas pour autant compétent *ratione materiae* pour connaître de la requête. Il souligne que, aux termes du paragraphe 5 de l'article II du statut du Tribunal, seuls deux types de demandes relèvent de la compétence de ce dernier, à savoir: 1) les requêtes invoquant «l'inobservation, soit quant au fond, soit quant à la forme, des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires»; et 2) celles invoquant l'inobservation «des dispositions du statut du personnel». Selon lui, en se fondant sur le texte des pièces déposées par la requérante devant le Tribunal, il n'est manifestement pas possible de classer les griefs de cette dernière dans l'une ou l'autre catégorie de requêtes énoncées au paragraphe 5 de l'article II du statut du Tribunal. Le Fonds soutient que le dossier de la requérante repose sur une base totalement différente, à savoir les paragraphes 4 et 6 de la section III A du mémorandum d'accord, invoqués par M^me^ Saez García pour affirmer, premièrement, que le directeur général a outrepassé ses pouvoirs en décidant de ne pas renouveler son contrat et, deuxièmement, que le «budget de base» approuvé par la conférence des parties ne nécessitait pas la suppression de son poste. Le Tribunal a pris acte du moyen tiré par la requérante de ces dispositions du mémorandum d'accord et l'a décrit au paragraphe 4 de son jugement (p. 11). Le Fonds fait en outre observer que le Tribunal n'avait pas compétence pour connaître de ces demandes, qui ne contenaient aucune allégation d'inobservation des dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel du FIDA, et qu'il a commis une erreur en statuant néanmoins sur cette base.

85. Toujours selon le Fonds, le Tribunal n'était pas compétent pour connaître des arguments invoqués par la requérante sur la base du mémorandum d'accord, de la convention ou des décisions de la conférence des parties, puisque aucun de ces textes ne relève du paragraphe 5 de l'article II de son statut. Le FIDA affirme que, pour parvenir à ses conclusions, le Tribunal a examiné le processus décisionnel interne créé par la convention, alors que ni la conférence des parties ni aucun de ses organes ou agents ne relèvent de sa compétence. Il en déduit que le TAOIT

dispute as one concerning the interpretation and application of the MOU and the COP's decisions, instead of as a dispute concerning the interpretation and application of the staff regulations and rules of the defendant Organization. In IFAD's view, given that the Tribunal chose this treatment, it was not justified in confirming its jurisdiction and therefore its decision is invalid.

86. Ms Saez García asserts that the large number of jurisdictional questions raised by the Fund in its request for an advisory opinion suggest that it is indeed going beyond the rulings on jurisdiction made by the Tribunal, to question either the manner in which the Tribunal has exercised its jurisdiction or the breadth of its considerations in hearing the complaint.

87. The Court reiterates that the decision impugned before the Administrative Tribunal was that of the President of IFAD contained in a memorandum to Ms Saez García dated 4 April 2008 in which he rejected the recommendations of the JAB to reinstate Ms Saez García. The JAB unanimously found that:

> "the Managing Director's decision not to renew the Appellant's fixed-term contract was beyond his authority and contrary to the rules and spirit of the HRPM. In addition, no evidence was presented or found to support the Respondent's claim that the decision was made in consultation with IFAD's Management, specifically the President who is ultimately responsible for the GM." (JAB, Recommendations, para. 31.)

In the notice of non-renewal of Ms Saez García's contract dated 15 December 2005, the Managing Director of the Global Mechanism informed her that due to the decrease in the core budget of the Global Mechanism, it was decided to abolish the post of Programme Manager for the Global Mechanism's regional desk for Latin America and the Caribbean, which she had hitherto occupied. Ms Saez García challenged, among other things, the decision of the Managing Director, in her complaint to the Tribunal, and alleged that it was tainted with abuse of authority and that he was not entitled to determine the Global Mechanism's programme of work independently of the COP and of the President of IFAD. The Fund objected to the Tribunal's competence to examine these allegations since they would involve the examination by the Tribunal of the decision-making process of the Global Mechanism for which it had no jurisdiction. The Tribunal rejected these objections on the ground that "decisions of the Managing Director relating to [staff in the Global Mechanism] are, in law, decisions of the Fund".

88. The Court cannot agree with the arguments of the Fund that the Tribunal did not have competence to examine the decision of the Managing Director of the Global Mechanism. First, the Managing Director of the Global Mechanism was a staff member of the Fund when the decision

a considéré que le litige portait sur l'interprétation et l'application du mémorandum d'accord et des décisions de la conférence des parties, et non sur l'interprétation et l'application des dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel de l'organisation défenderesse. Selon le FIDA, le choix de cette approche interdisait au Tribunal d'affirmer sa compétence, et sa décision doit donc être déclarée invalide.

86. Selon M^me^ Saez García, à en juger par le grand nombre de questions relatives à la compétence soulevées par le Fonds dans sa demande d'avis consultatif, il semble que, en remettant en cause la façon dont le TAOIT a exercé sa compétence ou en contestant la portée de ses considérations, le FIDA aille effectivement au-delà des conclusions rendues par le Tribunal concernant sa compétence.

87. La Cour rappelle que la décision attaquée devant le TAOIT était celle du président du FIDA, telle qu'elle figure dans le mémorandum en date du 4 avril 2008 adressé à M^me^ Saez García, par laquelle celui-ci a rejeté les recommandations de la commission paritaire tendant à la réintégration de la requérante. La commission a conclu à l'unanimité que:

> «la décision du directeur général de ne pas renouveler le contrat de durée déterminée échappait aux compétences [de celui-ci] et a été prise en contradiction avec l'esprit et la lettre du manuel de procédures relatives aux ressources humaines. De plus, aucune preuve n'a été produite ou trouvée pour étayer l'allégation du défendeur selon laquelle la décision a été prise en consultation avec la direction du FIDA et plus spécialement du président, lequel est responsable en dernier ressort du Mécanisme mondial.» (Commission paritaire, Recommandations, par. 31.)

Dans l'avis de non-renouvellement du contrat de M^me^ Saez García en date du 15 décembre 2005, le directeur général du Mécanisme mondial a informé l'intéressée que, en raison de la réduction du budget de base du Mécanisme mondial, il avait été décidé de supprimer le poste de chef de programme au bureau régional du Mécanisme mondial pour l'Amérique latine et les Caraïbes qu'elle occupait jusqu'alors. Dans la requête qu'elle a déposée auprès du TAOIT, M^me^ Saez García a contesté, notamment, la décision du directeur général, alléguant qu'elle était entachée d'abus de pouvoir et que celui-ci n'était pas habilité à définir le programme de travail du Mécanisme mondial sans en référer à la conférence des parties et au président du FIDA. Le Fonds a contesté la compétence du Tribunal pour connaître de ces allégations dans la mesure où, pour ce faire, il se devait d'examiner le processus décisionnel du Mécanisme mondial à l'égard duquel il n'était pas compétent. Le Tribunal a rejeté ces objections au motif que «les décisions prises par le directeur général au sujet du personnel du Mécanisme mondial [étaie]nt, en droit, des décisions du Fonds».

88. La Cour ne peut faire droit aux arguments du Fonds selon lesquels le Tribunal n'était pas compétent pour examiner la décision du directeur général. Tout d'abord, le directeur général du Mécanisme mondial était un fonctionnaire du Fonds lorsque le non-renouvellement du contrat de

of non-renewal of Ms Saez García's contract was taken. The letter of appointment of the Managing Director of the Global Mechanism, which was signed by the President of the Fund on 13 January 2005, provides that the Managing Director was offered "a fixed-term appointment for a period of two years with the International Fund for Agricultural Development (IFAD)". In this capacity he was to be "directly responsible to the President of IFAD". His appointment was "governed by the general provisions of the IFAD Personnel Policies Manual . . . together with the provisions of the Human Resources Handbook". The Managing Director was appointed at the D-2 level and provided with a copy of IFAD's Information Circular IC/PE/03/11, which described the various components of salaries, allowances and other benefits "to which IFAD staff members in the professional category and above are entitled". In addition, the Managing Director was required to participate in the Fund's medical insurance schemes. Moreover, the report of the JAB concerning the appeal of Ms Saez García, while showing the Managing Director as the respondent, indicates that he acted as such on behalf of IFAD, following designation by the IFAD President. Thus, the record before the Court clearly indicates that the Managing Director of the Global Mechanism, in his capacity as an IFAD official, acted on behalf of IFAD at the time the decision was taken not to renew the fixed-term contract of Ms Saez García.

89. Secondly, the allegation by Ms Saez García in her complaint to the Tribunal, according to which the non-renewal of her appointment was not based on valid reasons, or that it suffered from other substantive or procedural flaws, falls within the category of allegations of non-observance of the "terms of appointment of an official" as specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal. As was emphasized by the Court in its 1956 Advisory Opinion:

> "there is a relationship, a legal relationship, between the renewal and the original appointment and, consequently, between the renewal and the legal position of an official at the moment when his claim to renewal is granted or denied . . . Thus the complainant, in claiming to possess a right to renewal of his contract and in claiming that that right had been infringed, was placing himself on the ground of non-observance of the terms of appointment." (*I.C.J. Reports 1956*, p. 94.)

90. Thirdly, the letters of appointment and renewal of contract of Ms Saez García clearly stipulate that her appointment was made in accordance with the general provisions of the PPM and any amendments thereto, as well as such administrative instructions as may be issued from time to time regarding the application of the Manual. The non-observance of the provisions of these instruments, or those adopted subsequently to replace them (see paragraph 49 above), could be impugned before the Tribunal in accordance with Article II, paragraph 5, of its Statute. In this connection, the Court observes that Ms Saez García alleged violations of the HRPM before the Tribunal, notably violations of Sec-

M^me^ Saez García a été décidé. Il était stipulé dans la lettre d'engagement du directeur général, signée par le président du FIDA le 13 janvier 2005, qu'un «engagement d'une durée déterminée de deux ans au Fonds international de développement agricole (FIDA)» lui était offert et qu'il serait «directement responsable devant le président du FIDA». Sa nomination était «régie par les dispositions générales du manuel des politiques concernant le personnel du FIDA ... [et par] les dispositions du manuel de gestion des ressources humaines relatif à son application». Le directeur général, recruté à un poste de la classe D-2, a reçu un exemplaire de la circulaire d'information du FIDA IC/PE/03/11, qui décrit les différentes composantes des traitements, indemnités et autres prestations «auxquels peuvent prétendre les fonctionnaires du FIDA de la catégorie des administrateurs et fonctionnaires de rang supérieur». Il était en outre tenu de participer aux régimes d'assurance maladie du FIDA. De surcroît, le rapport de la commission paritaire sur le recours formé par M^me^ Saez García le présentait comme étant le défendeur mais indiquait qu'il avait agi au nom du FIDA, après avoir été désigné à cette fin par le président du Fonds. Il ressort donc clairement des éléments versés au dossier que le directeur général du Mécanisme mondial, en sa qualité de fonctionnaire du FIDA, agissait au nom du Fonds à l'époque où a été prise la décision de ne pas renouveler le contrat de durée déterminée de M^me^ Saez García.

89. Ensuite, l'allégation formulée par M^me^ Saez García devant le Tribunal, selon laquelle la décision de ne pas renouveler son engagement ne reposait pas sur des raisons valables, ou était entachée d'autres irrégularités de fond ou de forme, entre dans la catégorie des allégations d'inobservation des «stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires», comme indiqué au paragraphe 5 de l'article II du statut du Tribunal. Comme la Cour l'a souligné dans son avis consultatif de 1956:

> «il existe un lien, un lien juridique, entre le renouvellement et l'engagement initial, et en conséquence entre le renouvellement et la situation juridique d'un fonctionnaire au moment où il se voit accorder ou refuser le renouvellement de son engagement... Ainsi le requérant, en prétendant avoir un droit au renouvellement de son contrat et en prétendant que ce droit avait été méconnu, s'est placé sur le terrain de l'inobservation des stipulations du contrat d'engagement.» (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 94.)

90. Enfin, il est clairement stipulé dans les lettres d'engagement et de renouvellement de contrat de M^me^ Saez García que sa nomination était régie par les dispositions générales du manuel des politiques concernant le personnel du FIDA et tout amendement qui y serait apporté, ainsi que par les instructions administratives concernant l'application du manuel qui pourraient être publiées de temps à autre. L'inobservation des stipulations de ces instruments, ou de ceux adoptés ultérieurement pour les remplacer (voir paragraphe 49 ci-dessus), pouvait faire l'objet d'un recours devant le TAOIT en vertu du paragraphe 5 de l'article II de son statut. A cet égard, la Cour fait observer que M^me^ Saez García a déclaré au Tribunal que les dispositions

tions 1.21.1 and 11.3.9 *(b)* (Judgment No. 2867, p. 4, para. B). Moreover, the fact that the President of IFAD stated, in his memorandum rejecting the JAB recommendations, that the non-renewal of her contract "was in accordance with the Human Resources Procedures Manual (HRPM), Section 1.21.1" is further evidence of the link between her complaint to the Tribunal and the staff regulations and rules of the Fund.

91. The Court, therefore, concludes that Ms Saez García's complaint to the ILOAT, following the decision of the Fund not to renew her contract, falls within the scope of allegations of non-observance of her terms of appointment and of the provisions of the staff regulations and rules of the Fund, as prescribed by Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal. Consequently, the Court is of the view that the Tribunal was competent *ratione materiae* to consider the complaint brought before it by Ms Saez García in respect of the non-renewal of her contract by IFAD.

92. With regard to the Fund's contention that the Tribunal lacked jurisdiction to examine the provisions of the MOU and the decision-making process of the COP in reaching its key decisions, as those matters are outside the scope of Article II, paragraph 5, of its Statute, the Court notes that the Tribunal first examined the MOU, as a preliminary question regarding its jurisdiction in the context of the arguments of the parties, and in connection with the extent to which it could legally review the decision of the Managing Director of the Global Mechanism. In this context, the Tribunal stated that the arguments of the Parties "[went] to the powers and jurisdiction of the Tribunal and, on that account, must be dealt with even though raised for the first time in [the] proceedings [before the Tribunal]" (Judgment No. 2867, p. 9, para. 1). The Tribunal then analysed various provisions of the MOU, in particular paragraphs 4 and 6 of Section III A, which deal with the accountability of the Global Mechanism and its Managing Director to the COP.

93. The Court accepts that these matters are not directly related to the provisions of the staff regulations and rules of IFAD, the alleged non-observance of which confers jurisdiction on the Tribunal to hear complaints from the Fund's staff members. The Court, however, recognizes their relevance for the Tribunal's determination of its own jurisdiction in a case in which the Complainant's status as a staff member of the Fund was contested by the Fund itself on the basis of the arrangements made between the COP and IFAD. In this context, the Court recalls that the Fund, in its written submissions to the Tribunal in response to the complaint filed by Ms Saez García, contended that the Fund and the Global Mechanism were separate legal entities, and that the acts of the Global Mechanism or those of its Managing Director were not attributable to IFAD. Moreover, the Fund challenged the competence of the Tri-

du manuel de procédures n'avaient pas été respectées, notamment les articles 1.21.1 et 11.3.9, al. *b)* (jugement n° 2867, p. 4-5, par. B). En outre, le fait que, dans le mémorandum par lequel il rejetait les recommandations de la commission paritaire, le président du FIDA a déclaré que le non-renouvellement du contrat de M^me^ Saez García «a[vait] été [décidé conformément] aux dispositions de l'article 1.21.1 du manuel de procédures» est une nouvelle preuve du lien existant entre la requête de l'intéressée devant le Tribunal et les dispositions pertinentes applicables au personnel du Fonds.

91. La Cour conclut dès lors que la requête formée par M^me^ Saez García auprès du TAOIT pour contester la décision du Fonds de ne pas renouveler son contrat entre dans la catégorie des requêtes invoquant l'inobservation des stipulations de son contrat d'engagement ou des dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel du Fonds, ainsi qu'il est prescrit au paragraphe 5 de l'article II du statut du Tribunal. Elle considère par conséquent que le Tribunal était compétent *ratione materiae* pour examiner la requête de M^me^ Saez García concernant le non-renouvellement de son contrat par le FIDA.

92. En ce qui concerne l'affirmation du Fonds selon laquelle le Tribunal aurait examiné les dispositions du mémorandum d'accord et le processus décisionnel de la conférence des parties pour rendre ses principales conclusions, alors qu'il n'était pas compétent pour ce faire puisque ces textes ne relèvent pas du paragraphe 5 de l'article II de son statut, la Cour note que le Tribunal a commencé par examiner le mémorandum d'accord, à titre de question préliminaire, pour établir sa compétence eu égard aux arguments avancés par les parties et déterminer la mesure dans laquelle il était juridiquement qualifié pour examiner la décision du directeur général du Mécanisme mondial. Le Tribunal a ainsi déclaré que les arguments des parties «port[ai]ent sur les pouvoirs et la compétence du Tribunal et [que] celui-ci [devait] donc les examiner même s'ils n'[avaie]nt été exposés pour la première fois qu'au stade de la ... procédure [devant le Tribunal]» (jugement n° 2867, p. 9, par. 1). Il a ensuite analysé plusieurs dispositions du mémorandum d'accord, en particulier les paragraphes 4 et 6 de la section III A, relatifs à la responsabilité du Mécanisme mondial et de son directeur général devant la conférence des parties.

93. La Cour admet que ces questions ne sont pas directement liées aux dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel du FIDA, dont l'inobservation présumée confère compétence au Tribunal pour examiner les plaintes émanant des fonctionnaires du Fonds. Elle les considère néanmoins comme pertinentes aux fins de l'établissement par le Tribunal de sa propre compétence dans une procédure où le statut de la requérante en tant que fonctionnaire du FIDA était contesté par le Fonds lui-même sur la base des arrangements qu'il avait conclus avec la conférence des parties. La Cour rappelle à ce propos que le FIDA a fait valoir, dans les exposés écrits qu'il a soumis au Tribunal en réponse à la requête formée par M^me^ Saez García, que le Fonds et le Mécanisme mondial étaient des entités juridiques distinctes et que les actes du Mécanisme mondial ou de son directeur général ne lui étaient pas imputables. En outre, le Fonds a contesté que

bunal to review alleged flaws in the decision-making of the Global Mechanism and its Managing Director, since neither the COP nor the Global Mechanism had accepted the jurisdiction of the ILOAT. In these circumstances, the Court is of the opinion that the Tribunal could not avoid determining whether it had jurisdiction to hear the complaint, and examining the legal arrangements governing the relationship between the Global Mechanism and the Fund, as well as the status and accountability of the Managing Director of the Global Mechanism.

94. In light of the above, it is not necessary for the Court to give detailed consideration to the arguments put forward by the Fund, in its submissions to the Tribunal and to the Court, that the Tribunal lacked jurisdiction to entertain the complaint because the Fund and the Global Mechanism were separate legal entities, and the latter had never accepted the jurisdiction of the Tribunal. Even if, contrary to the observation that the Court has made in paragraph 61 above, the Global Mechanism did have a separate legal personality and the capacity to conclude contracts, the conclusions arrived at above would still be warranted, essentially on the basis of the contractual documents examined and the provisions of the IFAD staff regulations and rules.

95. The Court, therefore, finds, in response to the first question put to it by IFAD, that the ILOAT was competent to hear the complaint introduced against IFAD, in accordance with Article II of its Statute, in view of the fact that Ms Saez García was a staff member of the Fund, and her appointment was governed by the provisions of the staff regulations and rules of the Fund.

*

B. Response to Questions II to VIII

96. The Court, having decided to give an affirmative answer to the first question, and having concluded that the Tribunal was justified in confirming its jurisdiction, is of the view that its answer to the first question put to it by the Fund covers also all the issues on jurisdiction raised by the Fund in Questions II to VIII of its request for an advisory opinion from the Court. In addition to the issues of jurisdiction, two sets of other issues are raised in these questions. First, Questions II to VIII are framed in such a manner as to seek the opinion of the Court on the reasoning underlying the conclusions reached by the Tribunal either on its jurisdiction or on the merits of the complaint brought before it. Secondly, they contain references to the possible existence of a fundamental fault in the procedure followed by the Tribunal. The Court will briefly address these two sets of issues.

97. The Court reiterates that, under the terms of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, a request for an advisory opinion seeking review of a judgment of the Tribunal is limited to cases where a decision of

le Tribunal ait compétence pour examiner des irrégularités présumées dans le processus ayant conduit à la décision du Mécanisme mondial et de son directeur général, au motif que ni la conférence des parties ni le Mécanisme mondial n'avaient accepté la compétence du TAOIT. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que le Tribunal, pour déterminer s'il était compétent à l'égard de la requête qui lui était soumise, ne pouvait faire l'économie d'un examen des arrangements juridiques régissant les relations entre le Mécanisme mondial et le Fonds, ainsi que du statut du directeur général du Mécanisme mondial et de l'autorité devant laquelle il était responsable.

94. A la lumière de ce qui précède, il n'y a pas lieu pour la Cour d'examiner en détail les arguments avancés par le FIDA dans les pièces qu'il a soumises au Tribunal et à la Cour, selon lesquels le TAOIT n'était pas compétent pour connaître de la requête parce que le Fonds et le Mécanisme mondial étaient des entités juridiques distinctes et que ce dernier n'avait jamais reconnu la compétence du Tribunal. Même si, contrairement à la constatation faite par la Cour au paragraphe 61 ci-dessus, le Mécanisme mondial avait effectivement une personnalité juridique distincte et la faculté de conclure lui-même des contrats, les conclusions formulées ci-dessus seraient toujours valables, essentiellement sur la base des documents contractuels examinés et des dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel du FIDA.

95. La Cour, en réponse à la première question posée par le FIDA, conclut par conséquent que le TAOIT était compétent pour connaître de la requête formée contre le Fonds, conformément à l'article II de son statut, étant donné que M^me^ Saez García était un fonctionnaire du Fonds et que sa nomination était régie par les dispositions statutaires ou réglementaires applicables au personnel du FIDA.

■

B. Réponse aux questions II à VIII

96. La Cour, ayant décidé de donner une réponse affirmative à la première question posée par le FIDA et conclu que le Tribunal était fondé à affirmer sa compétence, est d'avis que cette réponse couvre également tous les points relatifs à la compétence que le Fonds a soulevés dans les questions II à VIII de sa demande d'avis consultatif. Outre celles qui concernent la compétence, deux autres séries de questions y sont soulevées. Premièrement, les questions II à VIII sont formulées de manière à solliciter l'avis de la Cour sur le raisonnement qui sous-tend les conclusions auxquelles le Tribunal est parvenu, soit sur sa compétence, soit sur le fond de la requête dont il était saisi. Deuxièmement, elles contiennent des références à l'existence éventuelle d'une faute essentielle dans la procédure suivie par le Tribunal. La Cour examinera brièvement ces deux séries de questions.

97. La Cour rappelle que, conformément à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, elle ne peut être saisie d'une requête pour avis consultatif visant à réformer un jugement du Tribunal que dans les cas où une

the Tribunal confirming its jurisdiction is challenged or where a fundamental fault in the procedure is alleged (see paragraph 29 above). The Court has already addressed the IFAD Executive Board's challenge to the decision of the Tribunal confirming its jurisdiction. Not having a power of review with regard to the reasoning of the Tribunal or the merits of its judgments under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, the Court cannot give its opinion on those matters. As the Court observed in its 1956 Advisory Opinion, "the reasons given by the Tribunal for its decision on the merits, after it confirmed its jurisdiction, cannot properly form the basis of a challenge to the jurisdiction of the Tribunal" (*I.C.J. Reports 1956*, p. 99).

98. Regarding the "fundamental fault in the procedure followed", the Court recalls that this concept was explained by the Court in its Advisory Opinion of 1973 on the *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal* as set out in paragraphs 30 to 31 above.

Questions II to VIII of IFAD do not identify any fundamental fault in the procedure which may have been committed by the Tribunal in its consideration of the complaint against the Fund. Neither the information made available to the Court by the Fund, nor an analysis of the judgment of the Tribunal, demonstrate a fundamental fault in its procedure. Thus, in the view of the Court, these questions constitute either a repetition of the question on jurisdiction, which the Court has already answered, or have an object which concerns wider issues falling outside the scope of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT which was invoked by the Fund as the basis of its request for an advisory opinion.

*

C. Response to Question IX

99. Question IX put by the IFAD Executive Board in its request for an advisory opinion is formulated as follows: "What is the validity of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867?"

The Court, having answered in the affirmative the first question of IFAD, and having therefore decided that the Tribunal was entirely justified in confirming its jurisdiction, and not having found any fundamental fault in the procedure committed by the Tribunal, finds that the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867 is valid.

* * *

100. For these reasons,

THE COURT,

(1) Unanimously,

Finds that it has jurisdiction to give the advisory opinion requested;

décision du Tribunal affirmant sa compétence est contestée ou une faute essentielle dans la procédure est alléguée (voir paragraphe 29 ci-dessus). La Cour a déjà examiné la contestation par le conseil d'administration du FIDA de la décision du Tribunal affirmant sa compétence. L'article XII de l'annexe au statut de ce dernier ne lui donnant aucun droit de regard sur le raisonnement du Tribunal ou sur son jugement au fond, la Cour ne peut donner son avis sur ces questions. Comme elle l'a fait observer dans son avis consultatif de 1956, «les motifs donnés par le Tribunal pour arriver à sa décision au fond ne peuvent légitimement servir de base à une contestation de la compétence de ce Tribunal» (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 99).

98. Pour ce qui est de la «faute essentielle dans la procédure suivie», la Cour rappelle qu'elle a précisé cette notion dans son avis consultatif de 1973 relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes 30 et 31 ci-dessus.

Dans ses questions II à VIII, le FIDA n'identifie pas de faute essentielle de procédure que le Tribunal aurait commise lors de son examen de la requête formée contre lui. Ni les informations produites devant la Cour par le Fonds, ni une analyse du jugement rendu par le Tribunal ne mettent en évidence une faute essentielle de procédure de la part du Tribunal. La Cour considère donc que ces questions soit constituent une répétition de la question relative à la compétence à laquelle elle a déjà répondu, soit portent sur des points plus vastes qui n'entrent pas dans le cadre de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT que le FIDA a invoqué pour fonder sa demande d'avis consultatif.

*

C. Réponse à la question IX

99. La question IX posée par le conseil d'administration du FIDA dans sa requête pour avis consultatif est formulée comme suit: «[l]a décision rendue par le Tribunal dans son jugement n° 2867 est-elle [valide]?»

La Cour, ayant donné une réponse affirmative à la première question du FIDA, ayant donc décidé que le Tribunal était entièrement fondé à affirmer sa compétence, et n'ayant pas identifié de faute essentielle dans la procédure suivie par ce dernier, conclut que la décision rendue par le TAOIT dans son jugement n° 2867 est valide.

* * *

100. Par ces motifs,

LA COUR,

1) A l'unanimité,

Dit qu'elle est compétente pour répondre à la demande d'avis consultatif;

(2) Unanimously,

Decides to comply with the request for an advisory opinion;

(3) *Is of the opinion:*

(a) with regard to Question I,

Unanimously,

That the Administrative Tribunal of the International Labour Organization was competent, under Article II of its Statute, to hear the complaint introduced against the International Fund for Agricultural Development on 8 July 2008 by Ms Ana Teresa Saez García;

(b) with regard to Questions II to VIII,

Unanimously,

That these questions do not require further answers from the Court;

(c) with regard to Question IX,

Unanimously,

That the decision given by the Administrative Tribunal of the International Labour Organization in its Judgment No. 2867 is valid.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this first day of February, two thousand and twelve, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Secretary-General of the United Nations and the President of the International Fund for Agricultural Development, respectively.

(Signed) Hisashi OWADA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judge CANÇADO TRINDADE appends a separate opinion to the Advisory Opinion of the Court; Judge GREENWOOD appends a declaration to the Advisory Opinion of the Court.

(Initialled) H.O.
(Initialled) Ph.C.

---

2) A l'unanimité,

Décide de donner suite à la demande d'avis consultatif;

3) *Est d'avis:*

a) concernant la question I,

A l'unanimité,

Que le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail était compétent, en vertu de l'article II de son statut, pour connaître de la requête introduite contre le Fonds international de développement agricole le 8 juillet 2008 par M^me^ Ana Teresa Saez García;

b) concernant les questions II à VIII,

A l'unanimité,

Que ces questions n'appellent pas d'autres réponses de sa part;

c) concernant la question IX,

A l'unanimité,

Que la décision rendue par le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail dans son jugement n° 2867 est valide.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le premier février deux mille douze, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et au président du Fonds international de développement agricole.

Le président,
(Signé) Hisashi OWADA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'avis consultatif l'exposé de son opinion individuelle; M. le juge GREENWOOD joint une déclaration à l'avis consultatif.

(Paraphé) H.O.
(Paraphé) Ph.C.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
I. Introduction	1-3
II. The Factual Background of the Present Matter Lodged with the Court	4-12
III. The Determination of Compliance with Judgment No. 2867 of 2010 of the ILOAT in Favour of the Individual Complainant	13-16
IV. The Difficulties in the Compliance with Judgment No. 2867 of 2010 of the ILOAT in Favour of the Individual Complainant	17-19
V. The Individual Complainant's Appeal for Equality of Arms and Realization of Justice	20-22
VI. The Contrasting Positions of the Individual Complainant and the IFAD as to the Present Request for an Advisory Opinion of the ICJ	23-27
VII. The Lack of Equality of Arms: A Recurring Problem in Review Procedures of the Kind before the ICJ	28-51
1. The dilemma before the Court	28-31
2. The Advisory Opinion of 1954	32
3. The Advisory Opinion of 1956	33-42
4. The Advisory Opinion of 1973	43-44
5. The Advisory Opinion of 1982	45
6. The Advisory Opinion of 1987	46
7. General assessment	47-51
VIII. The Force of Inertia: The Regrettable Persistence of Procedural Inequality	52-56
IX. The Emergence of Individuals as Subjects of International Law, Endowed with International Juridical Capacity	57-69
X. Subjects of Rights: The Outdated Dogmatism of the PCIJ and ICJ Statutes	70-75

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
I. Introduction	1-3
II. L'arrière-plan factuel du problème porté devant la Cour	4-12
III. La décision prescrivant l'exécution du jugement n° 2867 rendu en 2010 par le TAOIT en faveur de la requérante	13-16
IV. Les difficultés à faire exécuter le jugement n° 2867 rendu en 2010 par le TAOIT en faveur de la requérante	17-19
V. La volonté de la requérante de voir respecter le principe de l'égalité des armes et d'obtenir justice	20-22
VI. Les positions antagonistes de la requérante et du FIDA quant à l'avis consultatif demandé ici à la CIJ	23-27
VII. L'inégalité des armes, un problème récurrent dans les procédures de réformation comme celles qui se déroulent devant la CIJ	28-51
1. Le dilemme de la Cour	28-31
2. L'avis consultatif de 1954	32
3. L'avis consultatif de 1956	33-42
4. L'avis consultatif de 1973	43-44
5. L'avis consultatif de 1982	45
6. L'avis consultatif de 1987	46
7. Bilan général	47-51
VIII. La force d'inertie, ou la persistance regrettable de l'inégalité procédurale	52-56
IX. La reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit international, doté de la capacité juridique internationale	57-69
X. Sujets titulaires de droits: le dogmatisme des Statuts de la CPJI et de la CIJ aujourd'hui dépassé	70-75

XI. The Erosion of the Inter-State Outlook of Adjudication by the ICJ 76-81

XII. The Early Acknowledgment of the Inequality of the Parties in the Procedure of Review of Judgments of Administrative Tribunals 82-90

XIII. The Imperative of Securing the Equality of the Parties in the International Legal Process, as a Component of the Right of Access to Justice *Lato Sensu* 91-100

XIV. The Need to Secure the *Locus Standi in Judicio* and the *Jus Standi* to Individuals before International Tribunals, Including the ICJ 101-107

XV. Concluding Observations 108-118

*

I. Introduction

1. I have concurred with my vote to the adoption today, 1 February 2012, by the International Court of Justice (ICJ), of the present Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*. The course of the advisory proceedings has, however, raised points to which I attach much importance, and in relation to which I feel bound to leave on the records the foundations of my position thereon. I propose thus to dwell upon such points in the present separate opinion, in a logical sequence, and with a constructive spirit, so as to shed some light on certain matters which lay at the foundations of contemporary international law as well as the internal law of the United Nations, and which seem to me to require the utmost attention.

2. In this understanding, I purport to examine, in the present separate opinion, a series of interrelated points, having, as common denominator, the fundamental question of procedural equality in the access of individuals to justice at international level. To start with, I shall address the points which are predominantly factual in the context of the present Advisory Opinion, namely: *(a)* the factual background of the present matter lodged with the Court; *(b)* the determination of compliance with Judgment No. 2867 of 2010 of the ILOAT favourable to the individual Complainant; *(c)* the difficulties in the compliance with Judgment No. 2867 of 2010 of the ILOAT favourable to the individual Complainant; *(d)* the individual Complainant's appeal for equality of arms and realization of justice; and *(e)* the contrasting positions of the individual Complainant and the IFAD as to the present request for an advisory opinion of the ICJ.

3. Next, I shall focus on the points of juridical epistemology, which in my view are deserving of attention and care, and from which we can extract lessons in the light of the present Advisory Opinion. Those points

XI. L'OBSOLESCENCE DE LA VISION INTERÉTATIQUE DES AFFAIRES CONTENTIEUSES PORTÉES DEVANT LA CIJ 76-81

XII. LA RECONNAISSANCE, DÈS LA PREMIÈRE HEURE, DE L'INÉGALITÉ DES PARTIES DANS LA PROCÉDURE DE RÉFORMATION DES JUGEMENTS RENDUS PAR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS 82-90

XIII. LA NÉCESSITÉ IMPÉRIEUSE D'ASSURER L'ÉGALITÉ DES PARTIES DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES, EN TANT QUE PARTIE INTÉGRANTE DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE *LATO SENSU* 91-100

XIV. LA NÉCESSITÉ DE GARANTIR AUX INDIVIDUS LE *LOCUS STANDI IN JUDICIO* ET LE *JUS STANDI* DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES, Y COMPRIS LA CIJ 101-107

XV. OBSERVATIONS FINALES 108-118

*

I. INTRODUCTION

1. J'ai, par mon vote, souscrit à l'adoption de l'avis consultatif rendu ce 1er février 2012 par la Cour internationale de Justice au sujet du *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*. Cette procédure consultative a toutefois soulevé certaines questions auxquelles j'attache infiniment d'importance, et j'estime devoir exposer les fondements de ma position à leur sujet. Je me propose donc, dans la présente opinion individuelle, d'approfondir ces questions en suivant leur ordre logique et dans un esprit constructif, afin de mettre en lumière certaines notions qui sont à la base du droit international contemporain ainsi que du droit interne des Nations Unies, et qui appellent selon moi la plus grande attention.

2. Dans cette optique, j'examinerai ci-après une série de points apparentés qui ont tous comme dénominateur commun un rapport avec la question fondamentale de l'égalité des personnes face à la justice internationale. Pour commencer, je m'intéresserai essentiellement aux faits qui forment le contexte du présent avis consultatif, à savoir : *a)* l'arrière-plan factuel du problème porté devant la Cour ; *b)* la décision prescrivant l'exécution du jugement n° 2867 rendu en 2010 par le TAOIT en faveur de la requérante ; *c)* les difficultés à faire exécuter le jugement n° 2867 rendu en 2010 par le TAOIT en faveur de la requérante ; *d)* la volonté de la requérante de voir respecter le principe de l'égalité des armes et d'obtenir justice ; et *e)* les positions antagonistes de la requérante et du FIDA quant à l'avis consultatif demandé ici à la Cour.

3. Je me concentrerai ensuite sur les points d'épistémologie juridique qui, selon moi, méritent toute notre attention et dont certains enseignements peuvent être tirés à la lumière du présent avis consultatif. Ces points sont les

are the following ones: *(a)* the lack of equality of arms: a recurring problem in review procedures of the kind before the ICJ; *(b)* the force of inertia: the regrettable persistence of procedural inequality; *(c)* the emergence of individuals as subjects of international law, endowed with international juridical capacity; *(d)* subjects of rights: the outdated dogmatism of the PCIJ and ICJ Statutes; *(e)* the erosion of the inter-State outlook of adjudication by the ICJ; *(f)* the early acknowledgment of the inequality in the parties in the procedure of review of judgments of administrative tribunals; *(g)* the imperative of securing the equality of the parties in the international legal process, as a component of the right of access to justice *lato sensu*; and *(h)* the need to secure the *locus standi in judicio* and the *jus standi* to individuals before international tribunals, including the ICJ. The way will then be paved for the presentation of my concluding observations.

II. The Factual Background of the Present Matter Lodged with the Court

4. May I at first recall, as to the factual background of the present matter lodged with this Court, that, on 26 April 2010, the International Court of Justice (ICJ) received a request for an advisory opinion from the International Fund for Agricultural Development (the IFAD)[1], concerning the validity of a Judgment rendered by the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (the ILOAT). Ms Ana Teresa Saez García, a national of Venezuela, had a contract of employment with the IFAD, whereby she worked for the Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (Global Mechanism).

5. The Global Mechanism was established by Article 21 of this UN Convention, and began its operations in October 1998. Before that, the IFAD had been selected to house the Global Mechanism in 1997, and to provide the needed administrative services to it. The Global Mechanism was — and remains — housed in the IFAD's premises in Rome, by virtue of a housing agreement (Memorandum of Understanding), entered into by the IFAD and the Conference of the Parties to the Desertification Convention in 1999.

6. Ms Saez García held a fixed-term contract of employment (with the IFAD, to render services to the Global Mechanism)[2], which was due to

[1] The IFAD is one of the specialized agencies of the United Nations, which have been authorized by the General Assembly, on the basis of Article 96 (2) of the UN Charter, to request advisory opinions of the ICJ on legal questions arising within the scope of their activities.

[2] Her appointment was made in accordance with the general provisions of the IFAD Personnel Policies Manual; it was signed by the Director of the Personnel Division of the IFAD.

suivants: *a)* l'inégalité des armes, un problème récurrent dans les procédures de réformation comme celles qui se déroulent devant la Cour; *b)* la force d'inertie, ou la persistance regrettable de l'inégalité procédurale; *c)* la reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit international, doté de la capacité juridique internationale; *d)* sujets titulaires de droits: le dogmatisme des Statuts de la CPJI et de la CIJ aujourd'hui dépassé; *e)* l'obsolescence de la vision interétatique des affaires contentieuses portées devant la CIJ; *f)* la reconnaissance, dès la première heure, de l'inégalité des parties dans la procédure de réformation des jugements rendus par les tribunaux administratifs; *g)* la nécessité impérieuse d'assurer l'égalité des parties devant les juridictions internationales, en tant que partie intégrante du droit d'accès à la justice *lato sensu*; et *h)* la nécessité de garantir aux individus le *locus standi in judicio* et le *jus standi* devant les juridictions internationales, y compris la CIJ. Enfin, le moment sera venu d'exposer mes observations finales.

II. L'arrière-plan factuel du problème porté devant la Cour

4. Qu'il me soit tout d'abord permis de rappeler, pour poser le contexte factuel du problème qui nous occupe ici, que, le 26 avril 2010, la Cour internationale de Justice (la «Cour») s'est vu soumettre par le Fonds international de développement agricole (le «FIDA» ou le «Fonds»)[1] une requête pour avis consultatif sur la validité d'un jugement rendu par le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (le «TAOIT» ou le «Tribunal»). Le Tribunal avait été saisi par M^me^ Ana Teresa Saez García, une ressortissante vénézuélienne à laquelle avait été accordé un contrat d'engagement auprès du FIDA pour un poste au sein du Mécanisme mondial de la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (le «Mécanisme mondial»).

5. Etabli par l'article 21 de cette convention des Nations Unies, le Mécanisme mondial est entré en activité en octobre 1998. Un an avant, en 1997, le FIDA avait été choisi pour accueillir ce Mécanisme et lui fournir les services administratifs nécessaires. Le Mécanisme mondial était — et demeure — hébergé dans les locaux du FIDA à Rome, en vertu d'un accord d'hébergement (le «mémorandum d'accord») conclu en 1999 entre le Fonds et la conférence des parties à la convention sur la désertification.

6. M^me^ Saez García était titulaire d'un contrat d'engagement à durée déterminée (auprès du FIDA, pour un poste au Mécanisme mondial)[2] qui

[1] Le FIDA est l'une des institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies, lesquelles ont été autorisées par l'Assemblée générale, sur la base du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies, à demander à la Cour un avis consultatif sur les questions juridiques pouvant se poser dans le cadre de leurs activités.

[2] Sa nomination était conforme aux dispositions générales du manuel des politiques concernant le personnel du FIDA; la lettre de nomination portait la signature du directeur de la division du personnel du FIDA.

expire on 15 March 2006, and was not renewed subsequently[3]; she then filed an appeal with the Joint Appeals Board, which recommended in December 2007 that she be reinstated within the Global Mechanism for a period of two years, and that she be paid an amount equivalent to all the salaries, allowances and entitlements she had lost since March 2006. The President of the IFAD rejected this decision in April 2008.

7. The next step taken by her was to file a complaint against the IFAD with the ILOAT, on 8 July 2008, asking that Tribunal to order the IFAD to reinstate her, for a minimum of two years, in her previous post, or an equivalent post with retroactive effect from 15 March 2006, and to grant her monetary compensation for the damages suffered. The two parties in the case before the ILOAT were, thus, an individual (Ms Saez García, the Complainant) and an international organization (the IFAD, the Respondent).

8. The ILOAT, in its Judgment No. 2867, of 3 February 2010, on the complaint filed by Ms Saez García against the decision of the President of the IFAD to dismiss her internal appeal against the decision not to renew her contract because her post was being abolished, found in favour of the Complainant. The ILOAT decided, in the aforementioned Judgment No. 2867 of 2010, *inter alia*, to set aside the decision of the President of the IFAD, because the abolition of the Complainant's post was tainted with illegality; it then ordered the IFAD to pay material and moral damages and costs to Ms Saez García.

9. The Executive Board of the IFAD decided to challenge the validity of Judgment No. 2867 of the ILOAT, by way of application to the International Court of Justice (ICJ) for an advisory opinion, pursuant to Article XII of the Annex to the ILOAT Statute, which reads as follows:

> "1. In any case in which the Executive Board of an international organization which has made the declaration specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal challenges a decision of the Tribunal confirming its jurisdiction, or considers that a decision of the Tribunal is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed, the question of the validity of the decision given by the Tribunal shall be submitted by the Executive Board concerned, for an advisory opinion, to the International Court of Justice.
> 2. The opinion given by the Court shall be binding."

10. Upon the filing of its request for an advisory opinion to the ICJ, the IFAD thereafter requested the ILOAT the stay of execution of its Judgment No. 2867, pending the delivery of the ICJ's Advisory Opinion in the *cas d'espèce*. For its part, the ILOAT, in its subsequent Judgment No. 3003, of 6 July 2011, dismissed the IFAD's application for stay of execution of prior Judgment No. 2867, pending the delivery of the present Advisory Opinion of the ICJ. In the course of the somewhat troublesome advisory proceedings before this Court, both the IFAD and Ms Saez García referred to the issue of the equality of parties before (international)

[3] The decision not to renew her contract was sealed by the President of the IFAD.

arrivait à échéance le 15 mars 2006 et qui ne fut pas renouvelé ensuite[3] ; Mme Saez García saisit alors la commission paritaire de recours, qui recommanda en décembre 2007 qu'elle soit réintégrée au sein du Mécanisme mondial pour une période de deux ans et que lui soit versée une somme équivalant aux traitements, allocations et indemnités qu'elle n'avait pas perçus depuis mars 2006. Le président du FIDA rejeta cette décision en avril 2008.

7. Sur ce, l'intéressée déposa une requête contre le FIDA devant le TAOIT, le 8 juillet 2008, en priant le Tribunal d'ordonner au Fonds de la réintégrer pour deux années au moins à son ancien poste ou à un poste équivalent avec effet rétroactif depuis le 15 mars 2006, et de lui accorder une indemnisation pour le préjudice subi. Les deux parties à l'affaire devant le TAOIT étaient donc une personne physique (Mme Saez García, la requérante) et une organisation internationale (le FIDA, le défendeur).

8. Dans son jugement n° 2867 du 3 février 2010 sur la requête déposée par Mme Saez García contre la décision du président du FIDA de rejeter le recours interne qu'elle avait formé contre le non-renouvellement de son contrat pour abolition de poste, le TAOIT donna gain de cause à la requérante. Dans ce jugement, il décida notamment d'annuler la décision du président du FIDA, estimant que l'abolition du poste de la requérante était entachée d'illicéité ; il ordonna ensuite au FIDA de verser à Mme Saez García des dommages-intérêts au titre du préjudice matériel et moral qu'elle avait subi et condamna le Fonds aux dépens.

9. Le conseil d'administration du FIDA décida de contester la validité du jugement n° 2867 du TAOIT en soumettant à la Cour une requête pour avis consultatif, en application de l'article XII de l'annexe au statut du Tribunal, qui se lit comme suit :

> « 1. Au cas où le conseil exécutif d'une organisation internationale ayant fait la déclaration prévue à l'article II, paragraphe 5, du statut du Tribunal conteste une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou considère qu'une décision dudit Tribunal est viciée par une faute essentielle dans la procédure suivie, la question de la validité de la décision rendue par le Tribunal sera soumise par ledit conseil exécutif, pour avis consultatif, à la Cour internationale de Justice.
> 2. L'avis rendu par la Cour aura force obligatoire. »

10. Peu après avoir soumis à la Cour sa requête pour avis consultatif, le FIDA demanda au TAOIT d'accorder un sursis à l'exécution de son jugement n° 2867 jusqu'au prononcé de l'avis consultatif de la Cour en l'espèce. Dans son jugement ultérieur n° 3003 du 6 juillet 2011, le Tribunal rejeta cette demande de sursis. Au cours de la procédure consultative qui s'est déroulée — non sans difficultés — devant la Cour, le FIDA et Mme Saez García sont l'un et l'autre revenus sur l'évolution de l'égalité des parties devant les cours et tribunaux (internationaux) depuis 1946, année où il fut envisagé, à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT,

[3] La décision de ne pas renouveler son contrat avait l'aval du président du FIDA.

courts and tribunals since 1946, when the provision was made, in Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, for the ICJ to review, on specified grounds, judgments of the Tribunal (cf. *supra*).

11. In the course of the present advisory proceedings, the only State which forwarded its views to the ICJ was the Plurinational State of Bolivia. In its written statement of 26 October 2010, it expressed its concern, in particular, with the relationship between the Global Mechanism (under the UN Convention to Combat Desertification) and the IFAD, and the need to clarify their respective competences, bearing in mind the right of individuals to identify with legal certainty "the international organization that hires them" (p. 6). Bolivia added that "labour and social rights of individuals should clearly be protected, providing them assurances and proper legal security (. . .), having identified clearly the employer" (p. 5).

12. It ensues, from the aforesaid, that the subject-matter of the present Advisory Opinion of the Court contains elements which are proper to the law of the international organizations, one of them being the relationship between the IFAD and the Global Mechanism. Yet, the core of the matter is a distinct one: it concerns the position of the individual as subject of rights in international law, in its various interrelated aspects, which form altogether the object of attention of the present separate opinion. As I attach the utmost importance to the condition of the individual as subject of contemporary international law (the *droit des gens*), I feel bound to examine those aspects, one by one, in the sections that follow.

III. The Determination of Compliance with Judgment No. 2867 of 2010 of the ILOAT in Favour of the Individual Complainant

13. Before I embark on an examination of the various aspects of the procedural equality of parties before international courts and tribunals, with a bearing on the *cas d'espèce*, may I summarize the Judgment No. 3003 of 2011, whereby the ILOAT dismisses the IFAD's application for stay of execution of its previous Judgment No. 2867 of 2010. The ILOAT determined, *inter alia*, that Judgment No. 2867 was "immediately operative", there being no need for Ms Saez García to have further recourse to the ILOAT to ensure its execution (para. 16). The ILOAT further clarified that there was no provision in the Statute or the Rules of the ILOAT which stipulated that a request to the ICJ for an advisory opinion would automatically have suspensive effect on the contested judgment, even though this fact would not in itself preclude the possibility of requesting the ILOAT for the suspensive effect of the judgment (para. 25).

14. As to the central question of the equality of arms *(égalité des armes)* between the parties, the ILOAT next considered whether international organizations — such as the IFAD, in the *cas d'espèce* — should be permitted to request suspension of a judgment of the ILOAT which they

que la Cour pourrait, pour certains motifs, réformer les jugements du Tribunal (voir *supra*).

11. Lors de la présente procédure consultative, le seul Etat à avoir exposé ses vues à la Cour est l'Etat plurinational de Bolivie. Ainsi, dans son exposé écrit du 26 octobre 2010, la Bolivie s'est déclarée particulièrement préoccupée par la relation existant entre le Mécanisme mondial (créé par la convention des Nations Unies sur la désertification) et le FIDA, et a indiqué qu'il fallait préciser les compétences respectives des deux entités, les personnes ayant le droit de savoir «quelle est l'organisation internationale qui les emploie» (p. 2 de la version française). Il fallait également, a ajouté la Bolivie, que «les droits professionnels et sociaux des individus soient clairement protégés, que les employés reçoivent des garanties et bénéficient de la sécurité juridique voulue, et ... qu'il n'y ait pas d'ambiguïté sur l'identité de l'organisme qui les emploie» *(ibid.)*.

12. Il ressort de ce qui précède que le présent avis consultatif de la Cour touche certains aspects qui sont propres au droit des organisations internationales, comme la relation liant le FIDA au Mécanisme mondial. Toutefois, le nœud du problème réside ailleurs: il concerne le statut de l'individu, sujet de droit international, sous ses différentes facettes, qui sont liées les unes aux autres et qui, conjointement, forment l'objet du présent avis consultatif. Etant donné que j'attache la plus haute importance à la condition de l'individu en tant que sujet du droit international contemporain (le droit des gens), je me sens tenu d'examiner ces différentes facettes une à une dans les sections suivantes.

III. La décision prescrivant l'exécution du jugement n° 2867 rendu en 2010 par le TAOIT en faveur de la requérante

13. Avant d'entreprendre mon examen des différents aspects de l'égalité procédurale des parties devant les cours et tribunaux internationaux, sous l'angle du cas d'espèce, je rappellerai les grandes lignes du jugement n° 3003 de 2011, par lequel le TAOIT a refusé le sursis demandé par le FIDA à l'exécution de son jugement n° 2867 rendu un an plus tôt, en 2010. Le TAOIT a conclu, notamment, que le jugement n° 2867 avait un «caractère immédiatement exécutoire», et que M^me^ Saez García n'avait pas à le saisir une nouvelle fois pour en obtenir la mise en œuvre (par. 16). Le TAOIT a également précisé qu'aucune disposition de son statut ou de son règlement ne prévoyait qu'une requête adressée à la Cour pour avis consultatif aurait automatiquement pour effet de suspendre l'exécution du jugement contesté, encore que cela n'empêche pas en soi de demander une telle suspension au Tribunal (par. 25).

14. S'agissant de la question centrale de l'égalité des armes entre les parties, le TAOIT s'est ensuite demandé s'il était loisible aux organisations internationales — au FIDA, en l'occurrence — de chercher à faire suspendre l'effet d'un jugement rendu par lui lorsqu'elles entendaient

intend to challenge before the ICJ pursuant to Article XII of the Annex to the ILOAT Statute. In this regard, the ILOAT was of the opinion that the procedure set forth in Article XII of the Annex of its Statute is "fundamentally imbalanced to the detriment of staff members", because the option of submitting a request for an advisory opinion of the ICJ is limited only to the organization concerned, and cannot be pursued by staff members (para. 40). The ILOAT added that, as only the organization can request the ICJ for an advisory opinion, this means that

> "the possibility of obtaining a stay of execution would, by definition, only benefit the organizations themselves (. . .), doubly worsen[ing] the imbalance between the parties created by the Article XII procedure, to the detriment of staff members" (para. 43).

The ILOAT then insisted on its view that it is "difficult to justify that organizations should be able to seek a stay of execution where the staff members concerned are without any parallel recourse in law" (para. 44).

15. The ILOAT next stated that granting a stay of a judgment which was rendered in favour of a staff member would further aggravate the imbalance between the parties, since it would deprive the staff member of the benefit of the judgment in her favour (such as its Judgment No. 2867 of 2010, in the present case), for the duration of the advisory proceedings before this Court. The ILOAT added that

> "[t]he difference in treatment between organizations and their staff which derives from the actual provisions of Article XII (. . .) would thus be compounded by a further inequality, and one which would doubtless be even more keenly felt in practice, stemming from the fact that an application to the Court [for an advisory opinion] in this context could result in a stay of execution of the contested judgment" (para. 45).

16. The ILOAT then went on to state that, as Article XII of the Annex of the ILOAT Statute creates "an objective inequality between the parties", it has the duty to take care that it does not amplify the consequences of this inequality by considering admissible organizations' requests for a stay of execution of a judgment, to the detriment of a staff member (para. 46). The ILOAT then concluded that it is not possible to recognize the admissibility of an organization's request to stay the execution of a judgment in respect of which the procedure set forth in Article XII has been initiated before the ICJ (para. 47).

IV. The Difficulties in the Compliance with Judgment No. 2867 of 2010 of the ILOAT in Favour of the Individual Complainant

17. The concern rightly expressed by the ILOAT has, in my view, its *raison d'être*. It is well-founded. Yet, despite its new Judgment No. 3003 of 2011, whereby the ILOAT dismissed the IFAD's request for a stay of execution of Judgment No. 2867 of 2010 (which ordered the IFAD to pay

contester ledit jugement devant la Cour en vertu de l'article XII de l'annexe à son statut. A cet égard, le TAOIT a estimé que la procédure prévue à l'annexe XII «était fondamentalement déséquilibrée au détriment des fonctionnaires», la possibilité de demander un avis consultatif à la Cour n'étant offerte qu'à l'organisation concernée, et non aux fonctionnaires (par. 40). Le TAOIT a ajouté que, l'organisation étant la seule à pouvoir demander un avis consultatif à la Cour,

> «la possibilité de bénéficier d'un sursis à exécution ne serait susceptible de profiter, par définition, qu'à ces mêmes organisations[, ce dont] résulterait une double aggravation du déséquilibre entre les parties créé, au détriment des fonctionnaires, par la procédure de l'article XII» (par. 43).

Et le TAOIT d'insister: il serait selon lui «difficilement justifiable que les organisations soient recevables, de leur côté, à solliciter le sursis à exécution d'un jugement, alors que les fonctionnaires concernés ne disposeraient pas, dans de tels cas, d'une voie de droit symétrique» (par. 44).

15. Le TAOIT a ensuite indiqué qu'accorder un sursis à l'exécution d'un jugement favorable à un fonctionnaire ne ferait qu'aggraver davantage le déséquilibre existant entre les parties, puisque le fonctionnaire se trouverait de ce fait privé du bénéfice du jugement rendu en sa faveur (comme le jugement n° 2867 de 2010, dans le cas présent) pendant toute la durée de la procédure consultative devant la Cour. Le TAOIT a ajouté que

> «[à] la différence de traitement entre les organisations et leurs fonctionnaires résultant des dispositions de l'article XII elles-mêmes ... se surajouterait donc une autre inégalité, sans doute d'ailleurs encore plus sensible dans la réalité pratique, tenant à ce qu'une saisine de la Cour [pour avis consultatif] dans ce cadre pourrait avoir pour conséquence d'entraîner le sursis à exécution du jugement contesté» (par. 45).

16. Le TAOIT a ajouté que, l'article XII de l'annexe à son statut créant une «inégalité objective entre les parties», il était de son devoir de veiller à ne pas alourdir les conséquences de cette inégalité en faisant droit aux demandes d'organisations visant à faire suspendre l'exécution d'un jugement, au détriment d'un fonctionnaire (par. 46). Le TAOIT a enfin conclu qu'il ne pouvait admettre une telle demande concernant un jugement contre lequel la procédure établie à l'article XII avait été engagée devant la Cour (par. 47).

IV. Les difficultés à faire exécuter le jugement n° 2867 rendu en 2010 par le TAOIT en faveur de la requérante

17. La préoccupation légitimement exprimée par le TAOIT a, selon moi, sa raison d'être. Elle est parfaitement fondée. Pourtant, malgré son nouveau jugement n° 3003 de 2011, par lequel le TAOIT a refusé le sursis demandé par le FIDA à l'exécution du jugement n° 2867 de 2010 (qui

moral and material damages, and costs, to the Complainant, Ms Saez García), it appears from the records of the case that Ms Saez García has not yet received any payment from the IFAD. Ms Saez García contended, in a written statement submitted to the Court on 30 August 2011, that

> "[t]he mere request for an advisory opinion has provided an excuse for [the IFAD] not to execute Judgment [No.] 2867. Even though [the IFAD]'s application for suspension of execution was denied, [it] has still avoided execution on the grounds that it might become entitled to repayment of the amounts due if the Court declares Judgment [No.] 2867 invalid." (Para. 14.)

18. Thus, to sum up, Ms Saez García obtained a judgment in her favour, ordering the IFAD to pay to her moral and material damages, and costs (the ILOAT's Judgment No. 2867 of 2010). The Executive Board of the IFAD, pursuant to Article XII of the Annex to the ILOAT Statute, decided to challenge the validity of Judgment No. 2867 of 2010, by way of a request to the ICJ for an advisory opinion. The IFAD then requested the ILOAT for a stay of execution of Judgment No. 2867 of 2010, pending the delivery of the Advisory Opinion by the ICJ. In its subsequent Judgment No. 3003 of 2011, the ILOAT dismissed the IFAD's application for stay of execution of Judgment No. 2867 of 2010, reaffirming that this judgment is operative. In considering the IFAD's request for suspensive effect of Judgment No. 2867 of 2010, the ILOAT examined the question of the inequality of parties that stems from the procedure set forth under Article XII of the Annex to the ILOAT Statute and decided that ordering a stay of the contested judgment would only amplify this inequality.

19. In its Judgment No. 3003 of 2011, the ILOAT limited its examination of the matter to the inequality of parties ensuing from Article XII of the Annex to the ILOAT Statute, given that only the international organization concerned may challenge a decision of the ILOAT unfavourable to itself. Understandably, the ILOAT did not dwell upon the question of the *locus standi in judicio* of individuals in advisory proceedings before this Court. Yet, the position of the individuals before this Court (whether they can appear before it) and the persisting restriction that all communications coming from the Complainant have to be transmitted to the Court through the IFAD (the fact that all) are, in my understanding, of the utmost importance, for the good administration of justice *(la bonne administration de la justice)*. Accordingly, I deem it fit to examine the question of the *locus standi in judicio*, as well as of *jus standi*, of individuals before this Court, in the present separate opinion (Section XIV, *infra*).

V. The Individual Complainant's Appeal for Equality of Arms and Realization of Justice

20. It is indeed worrisome to see that, despite the two judgments of the ILOAT in her favour (No. 2867 of 2010, and No. 3003 of 2011), the

prescrivait au Fonds de verser des dommages-intérêts à la requérante, M^me^ Saez García, et le condamnait aux dépens), il ressort du dossier que l'intéressée n'a toujours reçu aucun paiement. M^me^ Saez García a soutenu, dans un exposé écrit soumis à la Cour le 30 août 2011, que

> «[l]e [FIDA] tire prétexte de sa demande d'avis consultatif pour ne pas exécuter le jugement n° 2867. Bien que son recours en suspension de l'exécution de ce jugement ait été rejeté, [il] refuse toujours d'exécuter cette décision au motif qu'il pourrait avoir droit au remboursement des montants qu'il est condamné à verser, si la Cour venait à invalider le jugement n° 2867.» (Par. 14.)

18. Donc, pour résumer, M^me^ Saez García a obtenu un jugement en sa faveur (le jugement n° 2867 de 2010), qui ordonnait au FIDA de lui verser des dommages-intérêts au titre du préjudice matériel et moral qu'elle avait subi, et qui le condamnait aux dépens. Le conseil d'administration du Fonds, se prévalant de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, a décidé de contester la validité du jugement n° 2867 de 2010 en soumettant à la Cour une requête pour avis consultatif. Le FIDA a ensuite demandé au TAOIT de suspendre l'exécution dudit jugement jusqu'à ce que la Cour ait rendu son avis consultatif. Dans son jugement ultérieur n° 3003 de 2011, le TAOIT a refusé le sursis à exécution demandé par le FIDA, réaffirmant le caractère exécutoire du jugement n° 2867 rendu un an plus tôt. En examinant la demande de sursis présentée par le FIDA, le TAOIT s'est penché sur la question de l'inégalité des parties découlant de la procédure établie à l'article XII de l'annexe à son statut et a conclu qu'ordonner un sursis à l'exécution du jugement contesté ne ferait qu'aggraver cette inégalité.

19. Dans son jugement n° 3003 de 2011, le TAOIT s'est borné à examiner la question de l'inégalité des parties résultant de l'article XII de l'annexe à son statut, qui tient au fait que seule l'organisation internationale concernée peut contester une décision défavorable du Tribunal. Il ne s'est pas arrêté sur la question du droit des personnes physiques de participer directement à une procédure consultative devant la Cour, ce que je conçois fort bien. Pourtant, la position des personnes devant la Cour (leur capacité à se présenter devant elle) et la restriction qui continue de peser sur elles (toutes les communications de la requérante ayant dû être transmises à la Cour par l'entremise du FIDA) revêtent, à mes yeux, une extrême importance pour la bonne administration de la justice. Dès lors, il me semble nécessaire d'examiner dans la présente opinion individuelle (section XIV, *infra*) la question du droit des personnes physiques d'avoir accès à la Cour *(jus standi)* et de participer directement à la procédure devant elle *(locus standi in judicio)*.

V. La volonté de la requérante de voir respecter le principe de l'égalité des armes et d'obtenir justice

20. Il est vraiment préoccupant que, malgré deux jugements du TAOIT en sa faveur (le jugement n° 2867 de 2010 et le jugement n° 3003 de 2011),

Complainant, Ms Ana Teresa Saez García, has not yet seen justice done, and the two judgments of the ILOAT have not been complied with yet, pending the advisory proceedings before this Court. It is worth referring here to a passage of her statement submitted to this Court on 30 August 2011, wherein she contends that "[t]he imbalance in the present proceedings began with the fact that only the defendant was able to request review" (para. 14). As regards, more specifically, her position before the Court in the present proceedings, she stated that:

> "Only [the IFAD] is able to communicate directly with the Court. The Court has attempted to equalize the position of the Complainant by requiring [the IFAD] to transmit the pleadings of the Complainant. But the positions have not been equalized. Before the first pleadings were due, the Complainant's counsel requested a document to attach to the Complainant's statement. The [IFAD] replied that, 'in conformity with the rules governing advisory proceedings before the International Court of Justice, you do not have the prerogative to introduce such an item in the proceedings' (. . .). Since the Complainant depended upon [the IFAD] to transmit her statement and documents, this created a significant obstacle to pleading her case. It required the intervention of the Registry to overcome.
>
> In transmitting the comments of [the] IFAD on 9 March 2011, [the IFAD] requested that the Court seek the views of the Conference of Parties of the United Nations Convention to Combat Desertification. [The IFAD] also requested oral hearings. The Complainant's counsel received this letter on 17 March. When he attempted to respond to these new requests, the [IFAD] refused to transmit the communication to the Court on the grounds that it was after the deadline of 11 March for filing comments. Again the intervention of the Registry was required to compel the [IFAD] to transmit the letter from the Complainant's counsel.
>
> Even at the present time, the Complainant is under the disadvantage of having to submit this statement through [the] IFAD, which requires submitting it well before the deadline specified in the Registrar's letter of 21 July 2011. [The] IFAD will be able to work on its Reply until the morning of 29 August 2011; the Complainant will have to submit hers the morning of 26 August" (paras. 15-17).

21. At this stage of the present separate opinion, I shall limit myself to pointing out that there clearly appears to exist two distinct inequality claims in the present advisory proceedings. The *first claim* concerns the fact that, pursuant to Article XII of the Annex to the ILOAT Statute, only the international organization at issue, the IFAD, can challenge an unfavourable decision of the ILOAT before the ICJ. This question was examined by the ILOAT in its Judgment No. 3003 of 2011 concerning the IFAD's request for stay of execution of Judgment No. 2867 of the ILOAT, which found in favour of the Complainant, Ms Saez García.

la requérante, M^me^ Ana Teresa Saez García, n'ait toujours pas obtenu justice et que les deux décisions du TAOIT n'aient toujours pas été mises en œuvre, pendant toute la durée de la procédure consultative devant la Cour. Il convient de citer ici un extrait de l'exposé présenté par l'intéressée à la Cour le 30 août 2011, dans lequel elle fait valoir que, «[e]n l'espèce, le déséquilibre tient tout d'abord au fait que seul le défendeur pouvait saisir la Cour» (par. 14). S'agissant plus particulièrement de sa position devant la Cour dans la présente procédure, elle a déclaré que:

> «Seul le [FIDA] est en mesure de communiquer directement avec la Cour. La Cour a tenté de placer la requérante dans une situation d'égalité en exigeant du [FIDA] qu'il lui transmette les écritures de celle-ci. Mais la position du [Fonds] et celle de la requérante ne sont pas devenues égales pour autant. Avant la date de dépôt des premières écritures, le conseil de la requérante a demandé un document pour le joindre à l'exposé de celle-ci. Le [FIDA] lui a répondu que, «conformément aux règles régissant les procédures consultatives devant la Cour internationale de Justice, vous n'avez pas le droit d'introduire un tel élément dans la procédure»... La requérante s'est ainsi trouvée tributaire du [FIDA] pour transmettre son exposé et les documents étayant celui-ci et cela a créé, s'agissant de plaider sa cause, un obstacle important qui n'a pu être surmonté que grâce à l'intervention du Greffe.
>
> Lorsqu'il a communiqué les observations du FIDA le 9 mars 2011, [le Fonds] a prié la Cour de solliciter les vues de la Conférence des parties à la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification. Le [FIDA] a aussi demandé une procédure orale. Le conseil de la requérante a reçu cette lettre le 17 mars. Lorsqu'il a tenté de répondre à ces nouvelles demandes, le [FIDA] a refusé de transmettre sa communication à la Cour au motif que la date limite fixée pour le dépôt des observations, le 11 mars, était passée. Là encore, il a fallu l'intervention du Greffe pour contraindre le [FIDA] à transmettre à la Cour la lettre du conseil de la requérante.
>
> Même actuellement, la requérante a le désavantage de devoir présenter le présent exposé par l'intermédiaire du FIDA, ce qui l'oblige à le communiquer à ce dernier bien avant la date limite fixée dans la lettre du greffier en date du 21 juillet 2011. Le FIDA pourra travailler à sa réponse jusqu'au matin du 29 août 2011 alors que la requérante devra soumettre la sienne le matin du 26 août.» (Par. 15-17.)

21. A ce stade de la présente opinion individuelle, je me bornerai à signaler que deux formes d'inégalité ont manifestement été mises en lumière dans la présente procédure consultative. La *première* tient au fait que, selon l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, seule l'organisation internationale concernée — le FIDA — peut contester une décision défavorable du Tribunal devant la Cour. Le Tribunal a examiné cette question dans son jugement n° 3003 de 2011 sur la requête du FIDA visant à suspendre l'exécution de son jugement n° 2867, qui donnait gain de cause à la requérante, M^me^ Saez García.

22. The *second claim* of procedural inequality pertains to the position of the individual Complainant in the present proceedings before this Court, and more particularly to an aspect not addressed in the ILOAT's Judgment No. 3003 of 2011. Yet, Ms Saez García touched upon it, in complaining of the inequality of the parties reflected in the fact that only the IFAD — her opposing party in the present case — can address the Court directly, and that all her communications and submissions to the ICJ ought to be done through the IFAD; such inequality — she added — has, not surprisingly, caused her some constraints.

VI. The Contrasting Positions of the Individual Complainant and the IFAD as to the Present Request for an Advisory Opinion of the ICJ

23. In the present advisory proceedings, the IFAD and Ms Saez García have made clear their contrasting positions as to the present request for an advisory opinion of this Court. Thus, in its written statement of 29 October 2010, submitted to this Court, the IFAD argued that the issuing of an advisory opinion by the ICJ would not violate the rights of equality of parties, since the subject matter of the requested advisory opinion is not the rights of the individual, but the jurisdiction of the ILOAT, based on the agreement between the IFAD and the ILO that recognized the jurisdiction of the ILOAT (paras. 78-83). Thus the IFAD attempted to characterize its difference with an individual staff member, as — in its argument — a "matter pertaining to the external relations of the organization concerned" (para. 79), here concerning the IFAD and the ILO (as to the jurisdiction of the ILOAT).

24. The IFAD insisted on its own description of the case: in a subsequent statement, its Reply of 26 August 2011, it argued that the operation of Article XII of the Annex to the ILOAT Statute is to resolve disputes within the ILO regarding the competences of each of its bodies (paras. 39-44) or to resolve "disputes" between the ILO and UN specialized agencies pertaining to the jurisdiction of the ILOAT, which is based on an agreement between such specialized agencies and the ILO (paras. 45-68). The IFAD went further: it made a parallel with investor-State arbitration, where only the investor has the right to initiate proceedings and the State has exclusively the right to seek authoritative interpretation of a treaty, without — in its view — violating the right of the equality of parties (paras. 69-76). The IFAD made even a parallel with the pending contentious case before the ICJ concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)*, arguing that "interested individuals" do not have access to the ICJ, but issues that are clearly of their interest are going to be adjudicated by the ICJ (para. 77).

25. Contrariwise, in her written statement of 26 August 2011, the original Complainant, Ms Saez García, stated that the right of equality of

22. La *seconde* — l'inégalité procédurale — tient à la position de la requérante dans la présente procédure devant la Cour, et plus particulièrement à un aspect que le TAOIT n'a pas examiné dans son jugement n° 3003 de 2011. M^me^ Saez García l'a néanmoins évoqué elle-même lorsqu'elle s'est plainte de l'inégalité existant entre les parties, puisque seul le FIDA — son contradicteur en l'espèce — pouvait s'adresser directement à la Cour tandis qu'elle devait systématiquement transmettre ses communications et écritures à la Cour par l'intermédiaire du Fonds; pareille inégalité — a-t-elle ajouté — lui a naturellement causé certaines difficultés.

VI. Les positions antagonistes de la requérante et du FIDA quant à l'avis consultatif demandé ici à la CIJ

23. Dans la présente procédure consultative, le Fonds et M^me^ Saez García ont clairement exprimé leurs divergences quant à l'avis consultatif demandé ici à la Cour. Ainsi, dans l'exposé écrit du 29 octobre 2010 qu'il a soumis à la Cour, le FIDA a soutenu que le fait de rendre un avis consultatif ne porterait pas atteinte au droit des parties à l'égalité vu que cet avis porterait non pas sur les droits de l'intéressée mais sur la compétence du TAOIT, eu égard à l'accord conclu par le Fonds avec l'OIT pour reconnaître la compétence du Tribunal (par. 78-83). Le FIDA a donc tenté de présenter son différend avec un fonctionnaire sous un autre jour en le faisant passer pour «une question qui relève des relations extérieures de l'organisation concernée» (par. 79), opposant en l'occurrence le FIDA et l'OIT (au sujet de la compétence du TAOIT).

24. Le FIDA a campé sur sa vision des choses: ainsi a-t-il déclaré quelques mois plus tard, dans sa réponse du 26 août 2011, que l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT visait à régler les différends susceptibles de voir le jour au sein de l'OIT quant aux compétences dévolues à chacun de ses organes (par. 39-44) ou à régler les «différends» pouvant voir le jour entre l'OIT et les institutions spécialisées des Nations Unies au sujet de la compétence du Tribunal, qui repose sur la conclusion d'un accord entre l'institution concernée et l'OIT (par. 45-68). Le FIDA est allé plus loin: il a fait un parallèle entre la présente procédure et l'arbitrage Etat-investisseur, dans le cas duquel seul l'investisseur peut introduire une instance et seul l'Etat peut demander l'interprétation autorisée d'un traité, sans qu'il y ait — selon lui — violation du droit des parties à l'égalité (par. 69-76). Le FIDA a même rapproché la présente procédure de l'affaire contentieuse pendante devant la Cour concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, soutenant que les «individus concernés» n'avaient pas accès à la Cour, bien que leurs intérêts soient clairement en jeu devant elle (par. 77).

25. A l'inverse, dans son exposé écrit du 26 août 2011, la requérante, M^me^ Saez García, a déclaré que le droit des parties à l'égalité devant les cours

parties before courts and tribunals is enshrined in all major human rights instruments, at global and regional levels, namely: the Universal Declaration of Human Rights (Art. 10), the UN Covenant on Civil and Political Rights (Art. 14 (1)), the European Convention on Human Rights (Art. 6 (1)), and the American Convention on Human Rights (Art. 8 (1)) (paras. 5-9). She also referred to some of the jurisprudence of the supervisory organs or Courts operating thereunder (paras. 5 and 9-11); she quoted, *inter alia*, the *Andrejeva* v. *Latvia* case (2009), before the European Court of Human Rights, as illustration of the view that, when appeal procedures exist, they ought to abide by the provisions of Article 6 (right to a fair trial) of the European Convention on Human Rights (para. 11).

26. She then recalled the *rationale* of the abolition, by the UN General Assembly in 1995, of the review procedure of the United Nations Administrative Tribunal (UNAT) rulings by the ICJ, which also had in mind the issue of the equality of parties (para. 12). Next, Ms Saez García turned to the recognition, by the ILOAT itself, that its review procedure was not in accordance with the principle of the equality of the parties, and was "fundamentally imbalanced to the detriment of staff members" (para. 13). She also claimed that the IFAD, despite not winning a suspension of execution of the 2010 Judgment of the ILOAT, unilaterally denied execution of the ILOAT ruling while the advisory proceedings before the ICJ were pending, whereas in a situation of real equality it is up to the courts to decide "whether and upon what conditions judgments are executed during the appellate phases" (para. 14).

27. She further also argued that, despite the practical measures taken by the ICJ to secure equality to the position of the parties, their positions have not been equal, since "[o]nly the defendant is able to communicate directly with the Court" (para. 15), and she — the Complainant — remains dependent upon the IFAD for the simple transmission of documents to the Court, and the IFAD has in fact been posing obstacles (paras. 15-17); twice, in the course of the proceedings, the intervention of the Court's Registry was thereby required (paras. 15-16). The difficulties she encountered affected even the deadlines for the submission of written statements (para. 17). Ms Saez García then concluded that:

> "The substantial inequality of arms between the Complainant and the [IFAD] is one factor that the Court may wish to take into account in exercising its discretion under Article 65 of its Statute. (. . .)
>
> In [the Advisory Opinion of 1956 on *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco*] the Court achieved a balance between equality and usefulness. Since [the above-mentioned Advisory Opinion] the doctrine of equality of arms has increased the requirement for equality in the administration of justice. (. . .)" (Paras. 18-19.)

et tribunaux était consacré dans tous les grands instruments conclus en matière de droits de l'homme, aux échelles internationale et régionale, à savoir: la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 10), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, par. 1), la convention européenne des droits de l'homme (art. 6, par. 1) et la convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 8, par. 1) (par. 5-9). Elle a également invoqué certaines décisions des instances de contrôle ou juridictions mandatées par ces instruments (par. 5 et 9-11); elle a cité, entre autres, l'affaire *Andrejeva c. Lettonie* (2009), examinée par la Cour européenne des droits de l'homme, pour étayer l'idée que, lorsque des voies de recours existent, elles restent subordonnées aux dispositions de l'article 6 (droit à un procès équitable) de la convention européenne des droits de l'homme (par. 11).

26. M^me^ Saez García a ensuite rappelé pourquoi, en 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies avait décidé d'abolir la procédure de réformation par la Cour des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies (le «TANU»), là encore par souci du principe de l'égalité des parties (par. 12). Puis elle a signalé que le TAOIT lui-même avait reconnu que sa procédure de réformation n'était pas conforme au principe de l'égalité des parties, et qu'elle était «fondamentalement déséquilibrée au détriment des fonctionnaires» (par. 13). La requérante a également soutenu que le FIDA, bien qu'il n'ait pas obtenu de sursis à l'exécution du jugement du TAOIT de 2010, avait refusé unilatéralement de se plier à cette décision tant que la procédure consultative serait pendante devant la Cour, alors que, dans un contexte de réelle égalité, c'est aux juridictions qu'il appartient de déterminer «si et dans quelles conditions les jugements sont exécutoires alors qu'un recours est pendant» (par. 14).

27. M^me^ Saez García a en outre affirmé que, en dépit des mesures pratiques prises par la Cour pour assurer l'égalité, les positions des parties n'étaient pas devenues égales pour autant, vu que «[s]eul le défendeur [était] en mesure de communiquer directement avec la Cour» (par. 15) et qu'elle — la requérante — restait tributaire du FIDA pour transmettre le moindre document à la Cour, ce à quoi le Fonds avait effectivement fait obstacle (par. 15-17), obligeant le Greffe à intervenir à deux reprises en cours de procédure (par. 15-16). Ces difficultés auraient même influé sur les délais dont elle disposait pour soumettre ses écritures (par. 17). Et M^me^ Saez García de conclure que:

> «L'inégalité substantielle des armes entre la requérante et le [FIDA] constitue un facteur que la Cour pourra vouloir prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 65 de son Statut...
>
> Dans l'[avis consultatif de 1956 sur les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*], la Cour a réalisé un équilibre entre égalité et utilité. Depuis ce[t] [avis], la doctrine de l'égalité des armes a renforcé l'impératif d'égalité dans l'administration de la justice.» (Par. 18-19.)

VII. The Lack of Equality of Arms: A Recurring Problem in Review Procedures of the Kind before the ICJ

1. The Dilemma before the Court

28. Despite the fact that we are here before general principles of law such as the equality of arms *(égalité des armes)* before courts and tribunals, and the principle of *la bonne administration de la justice*, the fact remains that a problem such as the one raised before the ICJ, by the original Complainant before the ILOAT, has been recurrent in this Court, in procedures of the kind. As already indicated, the review procedure of the UNAT decisions by the ICJ was abolished in 1995 *(supra)*, but the review procedure of the *cas d'espèce*, of the ILOAT decisions by the ICJ, subsists, with the same problem identified in 1956 by this Court in its Advisory Opinion on *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco*. Despite that identification of the problem, it persists to date: for more than half a century (56 years) the force of inertia and mental lethargy seem to have prevailed, much to the detriment of individuals, subjects of rights under international administrative law, or the law of the United Nations.

29. In the proceedings which led to the Court's Advisory Opinion of 1973 on the *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, the question came to the fore of the *nature* of the procedure, prompted by the fact that it was *not* the rights of States which were at issue herein: it was the rights of individuals. Doubts were voiced as to "the legality of the use of the advisory jurisdiction for the review of judgments of the [UN] Administrative Tribunal", i.e., for dealing with what originally appeared as a contentious case within the internal law of the United Nations. The use of the Court's advisory jurisdiction was questioned for "the judicial review of contentious proceedings which have taken place before other tribunals and to which individuals were parties"[4].

30. Dogmas of the past began, not surprisingly, to weigh heavily in the minds of the judges of this Court, in particular the outdated dogma that individuals were not subjects of international law (the *droit des gens*). In any case, the ICJ, in its aforementioned Advisory Opinion of 1973, without ridding itself of the consequences of this dogma, at least asserted that "[t]he mere fact that it is not the rights of States which are in issue in the proceedings cannot suffice to deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute" (para. 14)[5].

---

[4] *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 171, para. 14.

[5] *Ibid.*, p. 172.

VII. L'INÉGALITÉ DES ARMES, UN PROBLÈME RÉCURRENT DANS LES PROCÉDURES DE RÉFORMATION COMME CELLES QUI SE DÉROULENT DEVANT LA CIJ

1. Le dilemme de la Cour

28. Bien qu'il s'agisse ici de principes généraux du droit tels que l'égalité des armes devant les cours et tribunaux et la bonne administration de la justice, le fait est que le problème soulevé par la requérante en l'espèce s'est posé de manière récurrente à la Cour dans les procédures de cette nature. Comme indiqué plus haut, la procédure de réformation des décisions du TANU par la Cour a été abolie en 1995 *(supra)*, mais celle qui nous occupe ici — la réformation des décisions du TAOIT — existe toujours, perpétuant le problème identifié par la Cour dès 1956 dans son avis consultatif concernant les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*. En effet, il n'a pas suffi de mettre le problème en lumière pour y mettre fin: depuis plus d'un demi-siècle (cinquante-six ans), la force d'inertie et la léthargie mentale ont régné dans ce domaine, semble-t-il, lésant grandement les personnes physiques, auxquelles le droit international administratif, ou le droit des Nations Unies, reconnaît certains droits.

29. Dans la procédure qui a débouché sur l'avis consultatif de 1973 concernant la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la question de la *véritable nature* de la procédure était au premier plan, puisque ce *n'*étaient *pas* les droits des Etats qui étaient en jeu: il s'agissait des droits de personnes physiques. Certains doutes ont été émis quant à «la légalité du recours à la juridiction consultative pour la réformation des jugements du Tribunal administratif [des Nations Unies]», c'est-à-dire pour trancher ce qui semblait être au départ une affaire contentieuse relevant du droit interne des Nations Unies. D'aucuns ont contesté que la juridiction consultative puisse être utilisée pour «la réformation judiciaire de procédures contentieuses qui s['étaient] déroulées devant d'autres tribunaux et auxquelles des personnes privées étaient parties»[4].

30. Les dogmes du passé ont, sans grande surprise, gagné beaucoup de poids dans les esprits des juges de cette Cour, en particulier le dogme suranné selon lequel les personnes physiques ne seraient pas des sujets de droit international (le droit des gens). Toujours est-il que, dans l'avis consultatif susmentionné de 1973, la Cour, sans s'affranchir des conséquences de ce dogme, a déclaré à tout le moins que «[l]e fait que ce ne sont pas les droits des Etats qui sont en cause dans la procédure ne suffit pas à enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut» (par. 14)[5].

---

[4] *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 171, par. 14.

[5] *Ibid.*, p. 172.

31. Before I proceed to a consideration of this matter, to which I attribute much importance, I find it appropriate to proceed, first, to an overview of the five Advisory Opinions of the kind (issued in 1954, 1956, 1973, 1982 and 1987), which preceded the present Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development (IFAD)*, which the Court is delivering today, 1 February 2012. This will enable us to appreciate the difficulties experienced by the Court when faced with a conception of international law which had the vain pretension to defy the passing of time (as legal positivists do).

2. The Advisory Opinion of 1954

32. In its Advisory Opinion of 1954 on the *Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal*, the main focus of attention of the ICJ was on the relations between the General Assembly and the UN Administrative Tribunal, in the newly-emerging internal law of the United Nations. Yet, despite this focus of attention on the relations between UN organs, the ICJ kept in mind that what was ultimately at stake were the rights of individuals, of UN staff members. The Court then concluded that the General Assembly cannot "on any grounds" refuse to give effect to an award of compensation made by the UN Administrative Tribunal in favour of a UN staff member, "whose contract of service has been terminated without his assent"[6].

3. The Advisory Opinion of 1956

33. Two years later, in its Advisory Opinion on *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco* (1956), the ICJ observed that the "absence of equality" in the review procedure before it flew from the relevant provisions of its own Statute, affecting rights of UN officials. It added that the Court was required, by its own judicial character, to ensure that "both sides directly affected by these proceedings" be in "a position to submit their views and their arguments to the Court". In its view, the difficulty confronting it

> "was met, on the one hand, by the procedure under which the observations of the [UN] officials were made available to the Court through the intermediary of Unesco and, on the other hand, by dispensing with oral proceedings. [. . .] The principle of equality of the parties follows from the requirements of good administration of justice. These requirements have not been impaired in the present case by the circumstance that the written statement on behalf of the [UN] officials

[6] *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954*, p. 62.

31. Avant de me pencher sur cette question, à laquelle j'attache beaucoup d'importance, il me semble opportun de rappeler au préalable les grandes lignes des cinq avis consultatifs rendus dans ce domaine (en 1954, en 1956, en 1973, en 1982 et en 1987) avant le présent avis concernant le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, dont la Cour a donné lecture ce 1er février 2012. Cet historique nous permettra d'apprécier les difficultés rencontrées par la Cour lorsqu'elle s'est trouvée aux prises avec une conception du droit international qui avait pour vaine prétention de nier le passage du temps (à l'instar des tenants du positivisme juridique).

2. L'avis consultatif de 1954

32. Dans son avis consultatif de 1954 sur l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, la Cour s'intéressa principalement aux relations qui existaient entre l'Assemblée générale et le Tribunal administratif des Nations Unies, dans le cadre du droit interne naissant de l'Organisation. Or, nonobstant son intérêt pour les relations liant ces organes des Nations Unies, la Cour ne perdit pas de vue que l'enjeu était, en dernière analyse, les droits de personnes physiques, c'est-à-dire les droits des fonctionnaires concernés. La Cour conclut alors que l'Assemblée générale ne pouvait pas, «pour une raison quelconque», refuser d'exécuter un jugement du Tribunal administratif des Nations Unies donnant gain de cause à un fonctionnaire «à l'engagement duquel il a[vait] été mis fin sans l'assentiment de l'intéressé»[6].

3. L'avis consultatif de 1956

33. Deux années plus tard, dans son avis consultatif de 1956 concernant les *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, la Cour fit observer que l'«absence d'égalité» dans la procédure de réformation devant elle découlait des dispositions de son propre Statut en la matière, au détriment des droits des fonctionnaires de l'Organisation. Elle se déclara en outre tenue, en tant qu'instance judiciaire, de faire en sorte que, «d'un côté et de l'autre, ceux qu'affecte directement cette procédure soient admis à [lui] soumettre ... leurs vues et leurs arguments». Selon elle, la difficulté qui s'était posée à elle avait été réglée,

> «d'une part, par le procédé consistant à [lui] faire parvenir ... les observations des fonctionnaires [de l'Organisation] par l'intermédiaire de l'Unesco, d'autre part, en renonçant à toute procédure orale... Le principe de l'égalité entre les parties découle des exigences d'une bonne administration de la justice. Ces exigences n'ont pas été compromises en l'espèce par le fait que les observations écrites formulées au nom des fonctionnaires [de l'Organisation] ont été présentées par

[6] *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954*, p. 62.

was submitted through Unesco. Finally, although no oral proceedings were held, the Court is satisfied that adequate information has been made available to it. In view of this there would appear to be no compelling reason why the Court should not lend its assistance in the solution of a problem confronting a specialized agency of the United Nations authorized to ask for an Advisory Opinion of the Court."[7]

34. This time the Court focused its attention on the controversy opposing individuals (staff members) to an international organization (Unesco). After expressly saying so, the Court deemed it fit to warn:

> "The arguments, deduced from the sovereignty of States, which might have been invoked in favour of a restrictive interpretation of provisions governing the jurisdiction of a tribunal adjudicating between States are not relevant to a situation in which a tribunal is called upon to adjudicate upon a complaint of an official against an international organization.
>
> The Court recognizes that the Administrative Tribunal is a Tribunal of limited jurisdiction."[8]

35. The developments of international law had already overcome the *mens legis* of pertinent provisions of the Statute of the Court, concerning review procedures, opposing individuals to international organizations. In its 1956 Advisory Opinion, the Court, referring to the applicable Staff Regulations, stated that it had kept in mind their texts as well as "their spirit, namely, the purpose for which they were adopted". The Court reminded that:

> "[t]hat purpose was to ensure to the Organization the services of a personnel possessing the necessary qualifications of competence and integrity and effectively protected by appropriate guarantees in the matter of observance of the terms of employment and of the provisions of the Staff Regulations"[9].

36. By then, the Court — created to solve disputes only between States — was already attentive, in the review proceedings of the kind, to the individuals employed by international organizations and working for them. Already in 1956 the Court pondered that a request for an advisory opinion under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT was limited to challenges of decisions of this latter confirming its jurisdiction, or else to cases of "fundamental fault of procedure"; apart from that, there was no remedy against decisions of the ILOAT[10]. In other words, the rule of law applied not only in inter-State disputes, but also in contro-

[7] *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against the Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 86.
[8] *Ibid.*, p. 97.
[9] *Ibid.*, p. 98.
[10] *Ibid.*

l'intermédiaire de l'Unesco. Enfin, bien qu'il n'y ait pas eu de procédure orale, la Cour constate qu'elle a reçu des informations adéquates. Il semble qu'il n'y ait pas, dans ces conditions, de motif déterminant pour que la Cour refuse de prêter son assistance à la solution d'un problème qui se pose pour une institution spécialisée des Nations Unies autorisée à demander à la Cour un avis consultatif.»[7]

34. Cette fois-ci, la Cour se concentra sur le différend qui opposait des personnes physiques (des fonctionnaires) à une organisation internationale (l'Unesco). Après l'avoir constaté expressément, elle formula la mise en garde suivante:

> «Les considérations qui ont pu être invoquées en faveur d'une interprétation restrictive des dispositions gouvernant la compétence d'un tribunal appelé à statuer entre Etats, et déduites de la souveraineté de ceux-ci, ne se retrouvent pas quand il s'agit d'un tribunal appelé à statuer sur la requête d'un fonctionnaire contre une organisation internationale.
>
> La Cour reconnaît que le Tribunal administratif est une juridiction d'attribution.»[8]

35. L'évolution du droit international avait déjà triomphé sur l'esprit initial des dispositions du Statut de la Cour concernant les procédures de réformation opposant des personnes physiques à des organisations internationales. Dans son avis consultatif de 1956, la Cour, se référant aux articles applicables du statut du personnel, déclara qu'elle avait tenu compte de leur texte ainsi que de «leur esprit, du but en vue duquel ils [avaient] été adoptés» — à savoir, rappela-t-elle,

> «l'intention d'assurer à l'Organisation les services d'un personnel compétent et intègre en dotant celui-ci de garanties appropriées pour tout ce qui concerne l'observation des contrats d'engagement et des dispositions du Statut du personnel»[9].

36. A l'époque, la Cour — créée pour régler des différends opposant des Etats uniquement — se montrait déjà attentive, dans les procédures de réformation de cette nature, aux personnes physiques employées par les organisations internationales ou travaillant pour elles. Dès 1956, la Cour estima qu'une demande d'avis consultatif ne pouvait lui être soumise au titre de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT que pour contester une décision du Tribunal affirmant sa compétence ou dénoncer une «faute essentielle dans la procédure»; les décisions du TAOIT n'étaient donc pas susceptibles d'appel, si ce n'est pour ces deux motifs[10].

---

[7] *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86.
[8] *Ibid.*, p. 97.
[9] *Ibid.*, p. 98.
[10] *Ibid.*

versies between international organizations and their staff members. In its Advisory Opinion of 1956, the Court confirmed the validity of the judgments of the ILOAT[11].

37. The procedure followed by the Court, however, did not escape criticisms. In his separate opinion, Judge M. Zafrulla Khan observed that

> "[b]y dispensing with oral proceedings the Court deprived itself of a means of obtaining valuable assistance in the discharge of one of its judicial functions. Oral proceedings were dispensed with not because the Court considered that it could not receive any assistance through that means, but because the inequality of the parties in respect of oral hearings could not be remedied in any manner."[12]

38. Judge R. Córdova went even further: in a thoughtful dissenting opinion, he began by pondering that review procedures of the kind envisaged herein attributed new functions to the ICJ, well beyond the provision of Article 34 (1) of its Statute, whereby *only* States may be parties in cases before it[13]. Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and Article 11 of the Statute of the UNAT introduced "a confusion" into the two main functions (contentious and advisory) of the ICJ. Articles 34-37 of the Court's Statute exclude the possibility of individuals "becoming parties in contentious cases before the Court"[14]. The contentious function of the Court — Judge Córdova recalled — was limited to cover

> "disputes between States, *only and exclusively*.
>
> In debarring individuals from coming before the Court as parties to 'a case', that is, to a contentious litigation, the Statute adopted the theory that individuals are not subjects of international law."[15]

39. At the 1945 San Francisco Conference — he went on — this matter was the object of attention (and even a Venezuelan amendment did not succeed), but at the end of the debates the Chairman of the Committee IV of the Conference (the delegate of Peru) summed up the discussions, stating that Article 34 of the Court's Statute was indeed intended to lay down that only States, and not individuals and international organizations, might be parties to contentious cases before the Court[16]. Yet, the case brought before the Court in the present review procedure was of a

---

[11] *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against the Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 101.

[12] *Ibid.*, p. 114.

[13] *Ibid.*, p. 157.

[14] *Ibid.*, p. 159.

[15] *Ibid.*, p. 160.

[16] *Ibid.*, p. 161.

En d'autres termes, le droit devait primer non seulement dans les différends entre Etats, mais aussi dans ceux qui opposaient les organisations internationales à leurs fonctionnaires. Dans son avis consultatif de 1956, la Cour confirma la validité des jugements du TAOIT[11].

37. La façon de procéder de la Cour n'échappa toutefois pas aux critiques. Dans son opinion individuelle, le juge M. Zafrulla Khan fit observer que,

> «[e]n se passant de la procédure orale, la Cour s'est privée d'un moyen d'obtenir une aide utile dans l'exercice de l'une de ses fonctions judiciaires. On n'a pas renoncé à la procédure orale parce que la Cour a considéré que, par ce moyen, elle ne pouvait recevoir aucune assistance, mais parce qu'il n'y avait pas de moyen de redresser l'inégalité des parties au point de vue de la procédure orale.»[12]

38. Le juge R. Córdova alla même plus loin: dans une opinion dissidente solidement argumentée, il commença par indiquer que les procédures de réformation de cette nature conféraient à la Cour de nouvelles fonctions excédant largement les prévisions du paragraphe 1 de l'article 34 du Statut, qui n'admettait *que* les Etats en tant que parties devant la Cour[13]. Selon lui, l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT et l'article 11 du statut du TANU opéraient une «confusion» entre les deux principales fonctions (contentieuse et consultative) de la Cour. Les articles 34-37 du Statut de la Cour excluaient que des personnes physiques «soient parties dans des affaires contentieuses soumises à la Cour»[14]. La fonction contentieuse de la Cour — rappela le juge Córdova — était limitée aux

> «litiges contentieux entre les Etats, *et exclusivement à ceux-ci.*
>
> En interdisant aux individus de se présenter devant la Cour comme parties dans une «affaire», c'est-à-dire comme parties à un litige contentieux, le Statut a adopté la théorie que les individus ne sont pas sujets de droit international.»[15]

39. Lors de la conférence de San Francisco de 1945 — poursuivit-il —, la question avait été envisagée (un amendement vénézuélien avait même été refusé), mais, à la fin des débats, le président de la quatrième commission de la conférence (le représentant du Pérou), résumant la discussion, déclara que l'article 34 du Statut de la Cour visait bel et bien à poser un principe, à savoir que seuls les Etats, et non les personnes physiques ou les organisations internationales, pourraient être parties à une affaire contentieuse devant la Cour[16]. Pourtant, l'affaire portée devant la Cour

[11] *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 101.
[12] *Ibid.*, p. 114.
[13] *Ibid.*, p. 157.
[14] *Ibid.*, p. 159.
[15] *Ibid.*, p. 160.
[16] *Ibid.*, p. 161.

"contentious" nature, seeking, "in the guise of an advisory opinion", a "true judgment", a "real decision binding those parties"[17].

40. There was, Judge Córdova insisted, a "confusion", in Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and in Article 11 of the UNAT, between advisory and contentious proceedings; but what Unesco wanted (in that case of 1956) from the ICJ was, in his view, "a binding decision, a judgment"[18], — binding on "both the Organization and the private individuals, its officials"[19]. To him, that was indeed "a contentious case"; and he lucidly added:

> "It is impossible to get away from the fact that the [UN] officials were necessarily parties in the first instance and they should be so considered in the second instance as well. One cannot think of this case as being of two different natures, a contentious case before the Administrative Tribunal and not a contentious one when it comes before the Court. When and why should it lose its initial nature? When it comes to the second instance before the Court and just because it is improperly introduced as an Advisory Opinion? The decision of this Court is not only connected with, but absolutely restricted to, the contentious dispute decided by the Administrative Tribunal between the two parties, the Organization and the individuals."[20]

41. Equality of the parties existed in the procedure before the ILOAT, but not subsequently, in the review procedure before the ICJ. As to this latter, Judge Córdova warned,

> "[t]he inequality of the parties in the present case is evident, owing to the impossibility under the Statute for individuals to come before the Court and therefore the impossibility for the Court to respect one of the most fundamental and time-honoured principles which requires equality of the parties before the law and in the exercise of their rights before tribunals"[21].

42. The decision to dispense with oral hearings, thus departing from "the normal procedure", he added, led to an "unusual" and "abnormal" procedure, making "more flagrant the existence of such inequality between the parties", making the original complainants "depend upon the goodwill of their opponents", rendering it, in his view, "impossible for the

---

[17] *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against the Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 161.

[18] *Ibid.*, p. 161.

[19] *Ibid.*, p. 163.

[20] *Ibid.*, p. 163.

[21] *Ibid.*, p. 166.

par le biais de la présente procédure de réformation était «contentieuse» par nature, le but étant d'obtenir, «sous l'apparence d'un avis consultatif», un «véritable jugement», une «décision véritable ayant force obligatoire pour les parties»[17].

40. Il existait — insista le juge Córdova —, à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT et à l'article 11 du statut du TANU, une «confusion» entre la procédure consultative et la procédure contentieuse; or, selon lui, l'Unesco attendait de la Cour (dans cette procédure de 1956) «une décision ayant force obligatoire, un arrêt»[18] — qui lierait «à la fois ... l'Organisation et ... ses fonctionnaires, personnes privées»[19]. Pour le juge Córdova, il s'agissait réellement d'une «affaire contentieuse»; il ajouta avec lucidité:

> «Il est impossible d'éluder ce fait que les fonctionnaires [de l'Organisation des Nations Unies] étaient nécessairement parties à la première instance et doivent également être considérés comme tels à la seconde. On ne saurait attribuer à la présente espèce deux natures différentes, celle d'une affaire contentieuse devant le Tribunal administratif et d'une affaire non contentieuse devant la Cour. Quand et pourquoi aurait-elle perdu sa nature primitive au moment où elle a été introduite en seconde instance devant la Cour, et pour la seule raison qu'elle l'a été improprement, sous forme de requête pour avis consultatif? Non seulement la décision de la Cour est liée à l'affaire contentieuse sur laquelle le Tribunal administratif a statué entre deux parties, l'Organisation et les individus, mais elle se limite absolument à cette affaire.»[20]

41. L'égalité entre les parties existait devant le TAOIT, mais non au stade ultérieur, lors de la procédure de réformation devant la Cour. Quant à cette procédure, signala le juge Córdova,

> «[l]'inégalité entre les parties dans la présente espèce est évidente, en raison de l'impossibilité pour des individus, aux termes du Statut, de se présenter devant la Cour et de l'impossibilité qui en résulte pour la Cour de respecter l'un des principes les plus fondamentaux et consacrés par le temps, le principe de l'égalité des parties devant la loi et dans l'exercice de leurs droits devant les tribunaux»[21].

42. La décision de faire l'économie d'audiences et de s'écarter ainsi de «la procédure normale» — ajouta-t-il — avait donné lieu à une procédure «inhabituelle» et «anormale», rendant «plus flagrant le défaut d'égalité entre les parties», les requérants de la procédure initiale se trouvant réduits à «faire appel à la bonne volonté de la partie adverse», ce

---

[17] *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 161.
[18] *Ibid.*, p. 161.
[19] *Ibid.*, p. 163.
[20] *Ibid.*, p. 163.
[21] *Ibid.*, p. 166.

Court to administer justice in strict compliance with the basic principles of justice"[22]. He then concluded that

> "[f]or individuals and international organizations to be parties in a contentious procedure it would be absolutely necessary to change the Statute, the only means of securing equality for them before the Court. This fact necessarily means that the Court, according to the present terms of the Statute, cannot legally act in compliance with the equality principle (. . .)."[23]

4. The Advisory Opinion of 1973

43. Almost two decades later, in its Advisory Opinion of 1973 on the *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, the ICJ admitted that the difficulty it faced in such review proceedings ensued from Article 66 of its Statute, which made provision for "the submission of written or oral statements only by States and international organizations" (para. 34). The Court then bypassed that difficulty by deciding not to hold public hearings; in this way, it added, "the requirements of equality had been sufficiently met to enable it to comply with the request for an Opinion" *(ibid.)*[24]. The Court referred to General Assembly resolution 957 (X), which recommended in 1955 to avoid oral statements in such review proceedings, so as to avoid inequality of arms; the Court itself found that it could prescind from oral statements, as it did in its advisory proceedings which led to the Advisory Opinion of 1956 *(supra)*. In its view, written statements were sufficient in review proceedings (para. 36)[25].

44. The Court upheld its *jurisprudence constante* to the effect that "a reply to a request for an advisory opinion should not, in principle, be refused", and "only compelling reasons would justify such a refusal" (para. 40)[26]. In his dissenting opinion, Judge F. de Castro referred to a "hybrid procedure", or a "pseudo-advisory opinion", which Judge P. Morozov commented in his dissenting opinion that "the right to initiate the procedure for review of the judgments of the ILO Tribunal does not belong to private persons or to any State, but to the Governing Body itself alone"[27]. And in his insightful dissenting opinion, Judge André Gros warned that "[l]egality and expediency must be clearly separated", and added that

---

[22] *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against the Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, pp. 166-167.

[23] *Ibid.*, p. 168.

[24] *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 179.

[25] *Ibid.*, pp. 180-181.

[26] *Ibid.*, p. 183.

[27] *Ibid.*, pp. 275 and 300, respectively.

qui, selon lui, avait «empêch[é] la Cour de s'acquitter de ses fonctions en pleine conformité avec les principes essentiels de la justice»[22]. Le juge Córdova conclut enfin que

> «[p]our que des personnes et des organisations internationales puissent se présenter devant la Cour en matière contentieuse, il serait absolument nécessaire d'amender le Statut, ce qui serait le seul moyen de les mettre sur un pied d'égalité devant la Cour. Il s'ensuit qu'aux termes de son Statut actuel, la Cour ne peut juridiquement respecter le principe d'égalité.»[23]

4. L'avis consultatif de 1973

43. Près de vingt ans plus tard, dans son avis consultatif de 1973 sur la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour admit que la difficulté à laquelle elle devait faire face dans de telles procédures de réformation découlait de l'article 66 de son Statut, qui «réserv[ait] aux Etats et aux organisations internationales la faculté de présenter des exposés écrits ou oraux» (par. 34). La Cour contourna alors cette difficulté en décidant de ne pas tenir d'audiences; de cette façon, ajouta-t-elle, «les exigences de l'égalité avaient été suffisamment satisfaites pour lui permettre de répondre à la demande d'avis» *(ibid.)*[24]. La Cour renvoya à la résolution 957 (X) de l'Assemblée générale qui, en 1955, avait recommandé d'éviter les exposés oraux dans ces procédures de réformation, afin de parer à toute inégalité des armes; la Cour conclut elle-même qu'elle pouvait se passer d'exposés oraux, comme elle l'avait fait dans la procédure qui avait préludé à son avis consultatif de 1956 *(supra)*. Pour elle, des exposés écrits suffisaient dans les procédures de réformation (par. 36)[25].

44. La Cour confirma sa jurisprudence constante selon laquelle «une réponse à une requête pour avis consultatif ne devrait pas, en principe, être refusée», «seules des raisons décisives pou[vant] motiver un refus» (par. 40)[26]. Dans son opinion dissidente, le juge F. de Castro évoqua une «procédure hybride», ou un «pseudo-avis consultatif», le juge P. Morozov ajoutant dans la sienne que «le droit de demander la réformation de jugements du Tribunal de l'OIT n'appart[enait] pas à des particuliers ou à un Etat quelconque, mais au conseil d'administration lui-même»[27]. Enfin, dans son opinion dissidente empreinte de sagesse, le juge André Gros mit l'accent sur la nécessité de «séparer la légalité de l'opportunité clairement», avant d'ajouter que

---

[22] *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif. C.I.J. Recueil 1956*, p. 166-167.

[23] *Ibid.*, p. 168.

[24] *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif. C.I.J. Recueil 1973*, p. 179.

[25] *Ibid.*, p. 180-181.

[26] *Ibid.*, p. 183.

[27] *Ibid.*, p. 275 et 300, respectivement.

> "the elimination of the oral proceedings in this case prejudiced the right of Members of the Court to obtain information. Unwillingness to open the door of oral argument for the staff member concerned has led to its being closed not only to the administration — which obviously did not mind — but also to the judge."[28]

5. The Advisory Opinion of 1982

45. One decade later, in its Advisory Opinion of 1982 on the *Application for Review of Judgement No. 273 of the UN Administrative Tribunal*, the ICJ expressly acknowledged that the questions lodged with it, in the *cas d'espèce* and in previous cases of the kind, concerned the rights of individuals (para. 20). The Court also warned that the fact tnat it decided to comply with the request for an advisory opinion did not in any way imply "condonation" of irregularities, and stressed the need "to secure equality between the applicant State and the staff member" and to assist the General Assembly in this connection[29]. In his separate opinion, Judge H. Mosler referred to the *bypassing* of "the question of inequality between the parties", by not holding hearings (as the Court had done in 1973); and he judiciously added that

> "[t]he main preoccupation of the Court related to the inequality between the parties to the original dispute, the Secretary-General and the staff member, because individual persons have, according to the Statute, no *jus standi in judicio* before the Court. (. . .) I cannot but regret that there should exist a particular type of case coming under the competence of the Court in which oral statements before the Court are practically excluded once and for all."[30]

6. The Advisory Opinion of 1987

46. Half a decade later, the Advisory Opinion of the ICJ of 1987, on the *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal*, was unfavourable to the original complainant, not having accepted his pleas. The ICJ found therein that the UNAT did not fail to exercise jurisdiction vested in it, and did not err on any question of law relating to the provisions of the UN Charter[31]. In his separate opinion, Judge Roberto Ago was critical of the review procedure, for not fully meeting the need for a satisfactory "system of

---

[28] *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, pp. 257 and 262.

[29] *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982*, pp. 365-366, para. 79.

[30] *Ibid.*, p. 380.

[31] *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1987*, p. 72, para. 97.

«la suppression du débat oral en cette affaire port[ait] atteinte au droit des membres de la Cour d'obtenir des informations. Parce qu'on ne veut pas ouvrir le débat oral au fonctionnaire intéressé, on le ferme à l'administration — qui, visiblement, n'y trouve pas d'inconvénient — et au juge.»[28]

5. L'avis consultatif de 1982

45. Dix ans après, dans son avis consultatif de 1982 sur la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour reconnut expressément que les questions portées devant elle, dans le cas d'espèce et dans les procédures précédentes de même nature, mettaient en jeu les droits de personnes physiques (par. 20). La Cour signala également que sa décision de donner suite à la demande d'avis consultatif ne signifiait nullement qu'elle «tienne pour excusables» les irrégularités constatées, puis souligna la nécessité de «garantir l'égalité entre l'Etat demandeur et le fonctionnaire intéressé» et d'aider l'Assemblée générale à cet égard[29]. Dans son opinion individuelle, le juge H. Mosler évoqua la décision de ne pas tenir d'audiences (comme la Cour l'avait fait en 1973) pour *tourner* la difficulté posée par «l'inégalité des parties»; il ajouta judicieusement que

«[l]es particuliers n'ayant pas qualité pour se présenter devant elle en vertu de son Statut, la Cour s'était essentiellement préoccupée de l'inégalité entre les parties au différend initial, à savoir le Secrétaire général et le fonctionnaire... Je ne puis ... m'empêcher de regretter qu'il existe désormais une catégorie entière d'affaires relevant de la compétence de la Cour où la présentation d'exposés oraux est pratiquement exclue à jamais.»[30]

6. L'avis consultatif de 1987

46. Cinq années plus tard, dans son avis consultatif de 1987 sur la *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour ne donna pas gain de cause au requérant, ayant rejeté ses arguments. Elle conclut dans cet avis que le TANU n'avait pas failli en exerçant la compétence qui lui était dévolue, et qu'il ne s'était fourvoyé sur aucune question de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies[31]. Dans son opinion individuelle, le juge Roberto Ago critiqua la procédure de réformation, qui, à ses yeux,

[28] *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 257 et 262.

[29] *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982*, p. 365-366, par. 79.

[30] *Ibid.*, p. 380.

[31] *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1987*, p. 72, par. 97.

administrative justice". In his view, "the only true remedy" for the existing drawbacks

> "would be the introduction of a second-tier administrative court, in other words, a court with competence to review the decisions of the first-tier court in all respects, both legal and factual, and to correct and compensate any defects they may contain" (para. 6).

7. General Assessment

47. In so far as the problem of the inequality of the parties in review procedures before the ICJ is concerned, the incisive dissenting warning of Judge Córdova in the Court's Advisory Opinion on *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco (supra)*, dates from 23 October 1956. The problem still faced by the ICJ today, 1 February 2012, over half a century later, when the Court delivers its present Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the ILO upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, is essentially the same.

48. For 56 years the force of inertia and mental lethargy have prevailed in this regard. The abnormal procedure keeps on being followed by the Court (in respect of review of the ILOAT judgments), in 2011 as in 1956, rested olympically upon the dogma of times past that individuals cannot appear before the ICJ because they are not subjects of international law. The result is the prehistoric and fossilized procedure that defies logic, common sense and the basic principle of the good administration of justice *(la bonne administration de la justice)*.

49. In the course of the present proceedings, not only was the original complaint in the hands of her opponent to submit their views to the Court, but, moreover, twice the Registry of the Court had to intervene to make sure that that was done in a duly and proper way (cf. *supra*). In the already mentioned statement by Ms Saez García of 30 August 2011 (para. 20, *supra*), she complained of the inequality permeating the whole review procedure; not only was the IFAD the sole party able to request review, but inequality continued to exist, as

> "[t]he mere request for an advisory opinion has provided an excuse for [the IFAD] not to execute Judgment [No.] 2867. Even though [the IFAD]'s application for suspension of execution was denied, [it] has still avoided execution on the grounds that it might become entitled to repayment of the amounts due if the Court declares Judgment [No.] 2867 invalid." (Para. 14.)

In an epoch in which the topic of "The Rule of Law at National and International Levels" is gaining increasing currency in the recent debates

ne répondait pas pleinement aux exigences d'un «système de justice administrative» satisfaisant. Pour lui, le «vrai remède» aux inconvénients existants

> «ne saurait être que l'introduction d'un deuxième degré de juridiction administrative, autrement dit la création d'une cour compétente pour revoir les décisions du tribunal de première instance, sous tous leurs aspects de fait comme de droit, et pour redresser et corriger, le cas échéant, les vices éventuels qu'elles pourraient contenir» (par. 6).

7. Bilan général

47. Ce problème de l'inégalité des parties dans les procédures de réformation qui se déroulent devant la Cour, le juge Córdova eut la sagacité de le mettre en lumière dès le 23 octobre 1956 dans l'opinion dissidente qu'il joignit à l'avis relatif aux *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco (supra)*. Le problème auquel la Cour se heurte toujours aujourd'hui, le 1er février 2012, soit plus d'un demi-siècle plus tard, à l'heure où elle rend son avis consultatif concernant le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, est essentiellement le même.

48. Pendant cinquante-six ans, la force d'inertie et la léthargie mentale ont régné dans ce domaine. La Cour continue de suivre cette procédure anormale (de réformation des jugements du TAOIT), en 2011 comme elle l'a fait en 1956, campant, olympienne, sur le dogme d'un autre âge selon lequel les personnes physiques ne pourraient pas se présenter devant elle faute d'être des sujets de droit international, pérennisant ainsi une procédure archaïque et figée qui va à l'encontre de la logique, du sens commun et du principe fondamental de la bonne administration de la justice.

49. Au cours de la présente procédure, non seulement la requérante devait s'en remettre au bon vouloir de son contradicteur pour présenter ses vues à la Cour, mais, en outre, le Greffe a dû intervenir à deux reprises pour qu'elle puisse le faire en bonne et due forme (voir *supra*). Dans son exposé précité du 30 août 2011 (par. 20, *supra*), elle a déploré l'inégalité dont toute la procédure de réformation était entachée; en effet, non seulement le FIDA était la seule partie à pouvoir demander la réformation, mais l'inégalité se perpétuait en outre indéfiniment, car

> «[l]e [FIDA] tire prétexte de sa demande d'avis consultatif pour ne pas exécuter le jugement n° 2867. Bien que son recours en suspension de l'exécution de ce jugement ait été rejeté, [il] refuse toujours d'exécuter cette décision au motif qu'il pourrait avoir droit au remboursement des montants qu'il est condamné à verser, si la Cour venait à invalider le jugement n° 2867.» (Par. 14.)

A une époque où la question de «[l]'état de droit aux niveaux national et international» revient de plus en plus souvent dans les débats de l'Assem-

of the UN General Assembly[32], it may not be excessive to add that the rule of law is not only for States but also for international organizations, encompassing review procedures of the kind envisaged in the present Advisory Opinion of the Court, in so far as the internal law of the United Nations is concerned.

50. Last but not least, on the problem at issue, it should not pass unnoticed that, throughout the last 56 years, dissenting views and well-founded expressions of discontent with the present situation emanated from Judges (also jurists) from different legal systems and traditions (like M. Zafrulla Khan, R. Córdova, F. de Castro, P. Morozov, A. Gros, H. Mosler and R. Ago). This is not surprising, as we are here before basic principles of law, such as those of the good administration of justice *(la bonne administration de la justice)* and of the equality of arms *(égalité des armes)* in (international) legal procedure.

51. As for many years I have consistently attached the utmost importance to such matter (also in another international jurisdiction), I feel obliged to take this criticism further, given the unnecessary persistence of the problem, and the fact that it touches on other aspects which are very dear to me, namely: *(a)* the emergence and consolidation of individuals as subjects of international law; *(b)* the imperative of securing the equality of the parties in the international legal process, as a component of the right of access to justice *lato sensu*; and *(c)* the need to secure the *locus standi in judicio* and the *jus standi* to individuals before international tribunals, including the ICJ. May I thus add some remarks on the regrettable persistence of procedural inequality, and then move, accordingly, to the consideration, within the confines of the present separate opinion, of these three remaining points.

VIII. The Force of Inertia: The Regrettable Persistence of Procedural Inequality

52. As we have seen, the problem of procedural inequality has marked presence in five previous Advisory Opinions of the Court, namely, those of 1954, 1956, 1973, 1982 and 1987 (cf. *supra*). Despite this inequality, or parallel to it, the inclination of the ICJ has been in the sense of confirming the validity of the decisions at issue of both the UNAT and the ILOAT, whether favourable to the original complainants or not. Thus, in its Advisory Opinions of 1954, 1973, 1982 and 1987, it upheld the prior decisions of the UNAT, while in its Advisory Opinion of 1956 and in the present one of 2012, it did the same in respect of prior deci-

[32] Cf., on the item "The Rule of Law at the National and International Levels", the following resolutions of the UN General Assembly: resolutions A/RES/61/39, of 4 December 2006; A/RES/62/70, of 6 December 2007; A/RES/63/128, of 11 December 2008; A/RES/64/116, of 16 December 2009; A/RES/65/32, of 6 December 2010.

blée générale des Nations Unies[32], il n'est peut-être pas exagéré d'ajouter que l'état de droit n'est pas l'apanage des Etats mais vaut également pour les organisations internationales, notamment dans les procédures de réformation comme celle qui fait l'objet du présent avis consultatif de la Cour, dans la mesure où le droit interne des Nations Unies est en jeu.

50. Enfin, et surtout, il ne faut pas oublier que, tout au long de ces cinquante-six années, cette situation a été mise en doute et critiquée à juste titre par des juges (ainsi que des juristes) issus de systèmes juridiques et de traditions différents (tels que M. Zafrulla Khan, R. Córdova, F. de Castro, P. Morozov, A. Gros, H. Mosler et R. Ago). Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque ce sont des principes élémentaires du droit qui sont en jeu, tels que la bonne administration de la justice et l'égalité des armes dans le cadre des procédures judiciaires (internationales).

51. Ayant systématiquement attaché depuis des années la plus haute importance à cette question (dans le cadre d'une autre juridiction internationale également), je me sens tenu de développer ces critiques plus avant, vu que le problème perdure inutilement et qu'il touche d'autres aspects qui me tiennent beaucoup à cœur, à savoir : *a)* la reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit international et la consolidation de ce statut ; *b)* la nécessité impérieuse d'assurer l'égalité des parties devant les juridictions internationales, en tant que partie intégrante du droit d'accès à la justice *lato sensu* ; et *c)* la nécessité de garantir aux individus le *locus standi in judicio* et le *jus standi* devant les juridictions internationales, y compris la CIJ. Mais, avant d'entreprendre l'examen de ces trois derniers points, dans les limites de la présente opinion individuelle, j'ai quelques observations à formuler sur la persistance regrettable de l'inégalité procédurale.

VIII. La force d'inertie, ou la persistance regrettable de l'inégalité procédurale

52. Comme nous l'avons vu, le problème de l'inégalité procédurale est réapparu dans les cinq précédents avis consultatifs de la Cour, à savoir ceux de 1954, de 1956, de 1973, de 1982 et de 1987 (voir *supra*). Malgré cette inégalité, ou indépendamment d'elle, la Cour a eu tendance à confirmer la validité des décisions du TANU et du TAOIT, que celles-ci fussent ou non favorables au requérant. C'est ainsi qu'elle a confirmé les décisions préalables du TANU dans ses avis consultatifs de 1954, de 1973, de 1982 et de 1987, et qu'elle a également donné raison au TAOIT dans son avis consultatif de 1956 et dans le présent avis de 2012 (voir *supra*).

[32] Voir, sur le thème de «[l]'état de droit aux niveaux national et international», les résolutions ci-après de l'Assemblée générale des Nations Unies : A/RES/61/39 du 4 décembre 2006 ; A/RES/62/70 du 6 décembre 2007 ; A/RES/63/128 du 11 décembre 2008 ; A/RES/64/116 du 16 décembre 2009 ; A/RES/65/32 du 6 décembre 2010.

sions of the ILOAT (cf. *supra*). Yet, the handling of the issue of procedural inequality — e.g., by deciding not to have oral hearings in the course of the proceedings — has been and is, in my understanding, most unsatisfactory: rather than a solution, it is the capitulation in face of a persisting problem.

53. It is not surprising that, in the mid-1990s, the initiative was again taken by the UN General Assembly to undertake an over-all revision of the review procedure concerning the UNAT. This occurred half a century after its 1955 reconsideration of the procedures for review of judgments of administrative tribunals. In fact, the UN General Assembly retook the subject, in 1994. This time the General Assembly focused specifically on the review of the procedure under Article 11 of the Statute of the UNAT. A clear majority of the delegations found that that procedure was not feasible, and should be replaced by a more adequate one, "to assist practically in the resolution of staff employment problems" (UN doc. A/C.6/49/2 para. 9, and cf. para. 12).

54. Much of the criticism was directed to the appeal system (in the review procedure at issue) available within the Secretariat (para. 37). Several representatives raised "serious doubts" about the appropriateness of involving the ICJ in staff disputes; the Nordic countries noted further, in particular, that "the advisory procedure envisaged by the Statute of the Court did not provide an appropriate adversary procedure necessary for an appeals tribunal, which is the Court's present role in this process" (para. 18)[33].

55. The "overwhelming majority of representatives" found that the UNAT's review procedure "should be abolished" (para. 36). This is what in fact happened. By 1995 the decision had been taken to suppress the existing review procedure in respect of the UNAT; that mechanism was formally extinguished by General Assembly resolution 50/54, of 29 January 1996. However, the other mechanism, the review procedure in respect of the ILOAT, persists to date, and, with it, by force of inertia, the procedural inequality which has existed from the beginning.

56. The shortcomings of, and problems raised by, the operation of international administrative jurisdictions in general, and by the review procedure in particular, have kept on being the object of attention in expert writing[34]. Yet, such problems persist to date. This being so, it

[33] And cf. para. 35, for the reference to the 1984 Report of the UN Secretary-General, on the feasibility of establishing a single administrative tribunal for the settlement of disputes of the kind.

[34] Cf, *inter alia*, e.g., X. Pons Rafols, *Las Garantías Jurisdiccionales de los Funcionarios de las Naciones Unidas*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999, Chap. IV, pp. 145-193; D. Ruzié, "Réflexions sur la pratique du droit de recours des fonctionnaires internationaux", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte — Festschrift für G. Ress* (eds. J. Bröhmer *et alii*), Cologne/Berlin/Munich, C. Heymanns Verlag, 2005, pp. 223-233.

Pourtant, la façon dont elle a traité le problème de l'inégalité dans la procédure — en décidant par exemple de ne pas tenir d'audiences en l'espèce — demeure tout à fait insatisfaisante: au lieu de remédier à ce problème récurrent, elle a capitulé.

53. Il n'est guère surprenant que, au milieu des années 1990, l'Assemblée générale des Nations Unies ait décidé de s'atteler à une nouvelle revision générale de la procédure de réformation relative au TANU. Un demi-siècle plus tôt, en 1955, elle avait déjà réexaminé les procédures de réformation des jugements de tribunaux administratifs. En fait, l'Assemblée générale revint sur la question dès 1994, cette fois pour revoir spécifiquement la procédure prévue à l'article 11 du statut du TANU. Une nette majorité des représentants avait conclu que cette procédure n'était pas réaliste et qu'elle devait être remplacée par une autre, plus appropriée, «qui aide effectivement à résoudre les problèmes d'emploi des fonctionnaires» (Nations Unies, doc. A/C.6/49/2, par. 9; voir également par. 12).

54. Les critiques portaient pour beaucoup sur le système de recours (dans la procédure de réformation en question) qui était disponible au sein du secrétariat (par. 37). Plusieurs représentants avaient émis «des doutes sérieux» quant à l'opportunité de faire participer la Cour au règlement de différends concernant le personnel; les pays nordiques avaient aussi indiqué, en particulier, que «les dispositions du Statut de la Cour relatives aux avis consultatifs ne prévoyaient pas la procédure contradictoire inhérente au rôle que la Cour assumait en vertu de l'article 11, à savoir celui d'une cour d'appel» (par. 18)[33].

55. L'«écrasante majorité des représentants» conclut que la procédure de réformation des jugements du TANU «dev[ait] être supprimée» (par. 36). Et, de fait, elle fut supprimée. Ainsi, en 1995, il avait été décidé d'abolir la procédure de réformation existante concernant le TANU; l'Assemblée générale mit officiellement fin à ce mécanisme dans sa résolution 50/54 du 29 janvier 1996. Toutefois, l'autre mécanisme — la procédure de réformation des jugements du TAOIT — est toujours en vigueur à l'heure actuelle, la force d'inertie perpétuant l'inégalité procédurale qui existe depuis le départ.

56. Les failles et les problèmes liés à l'activité des juridictions administratives internationales d'une manière générale, et à la procédure de réformation en particulier, ont fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine[34]. Pourtant, ces problèmes perdurent à ce jour. Dans ces conditions, la solu-

[33] Voir également par. 35, concernant la référence au rapport de 1984 du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies sur la possibilité de créer un tribunal administratif unique pour régler les différends de cette nature.

[34] Voir, entre autres, X. Pons Rafols, *Las Garantías Jurisdiccionales de los Funcionarios de las Naciones Unidas*, Barcelone, Universitat de Barcelona, 1999, chap. IV, p. 145-193; D. Ruzié, «Réflexions sur la pratique du droit de recours des fonctionnaires internationaux», *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte — Festschrift für G. Ress* (dir. publ., J. Bröhmer *et al.*), Cologne/Berlin/Munich, C. Heymanns Verlag, 2005, p. 223-233.

seems all too proper to rescue, for consideration in the present context, the advances experienced by the *jus gentium* of our times with the emergence and consolidation of individuals as subjects of international law, with their access to justice *lato sensu* (encompassing procedural equality), with their *locus standi in judicio* and their *jus standi*, in the hope that due consideration will be given to them in the operation of international administrative jurisdictions in general (encompassing the review procedure in particular) in future developments.

IX. The Emergence of Individuals as Subjects of International Law, Endowed with International Juridical Capacity

57. Preliminarily, it should be kept in mind that this matter can, in its origins, be traced back to the *emerging* law of nations, which envisaged the individuals as *subjects* of rights. In effect, the acknowledgment of the necessity of the *legitimatio ad causam* of individuals in international law[35], finds support, in historical perspective, in the thinking of the so-called "founding fathers" of the discipline, which should not be forgotten in our times. May I briefly recall the main thrust of their thinking to this effect, within the confines of the present separate opinion. I have done so in my separate opinion (paras. 26-28) in the Court's Order of 4 July 2011 (concerning the intervention of Greece) in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy)*; as the point has again been brought to the fore in the course of the present advisory proceedings, I deem it fit to dwell upon it once more herein, in greater detail, in the present separate opinion.

58. During the sixteenth century, the conception of Francisco de Vitoria (author of the renowned *Relecciones Teológicas*, 1538-1539) flourished, whereby the law of nations regulates an international community *(totus orbis)* constituted of human beings organized socially in States and co-extensive with humanity itself; the reparation of breaches of (human) rights reflects an international necessity fulfilled by the law of nations, with the same principles of justice applying both to States and to the individuals and peoples who form them[36]. Earlier on, in his *De Lege*,

[35] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, pp. 1-212; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 7-184; A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, University of Deusto, 2001, pp. 7-96.

[36] Cf. F. de Vitoria, *Relecciones — del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Mexico, Porrúa, 1985, pp. 1-101; Francisco de Vitoria, *De Indis — Relectio Prior* (1538-1539), in *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675; F. de Vitoria, *La Ley (De Lege — Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 5, 23 and 77.

tion qui semble s'imposer d'elle-même, aux fins de la présente espèce, est de remettre au premier plan les avancées du *jus gentium* contemporain, qui tendent à faire des personnes physiques des sujets de droit international auxquels est reconnu le droit d'accès à la justice *lato sensu* (y compris l'égalité dans la procédure), le *locu standi in judicio* et le *jus standi*, dans l'espoir que, à l'avenir, les individus seront pleinement pris en considération dans le fonctionnement des tribunaux administratifs internationaux en général (y compris dans le cadre de la procédure de réformation).

IX. La reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit international, doté de la capacité juridique internationale

57. Je rappellerai, à titre préliminaire, que l'on peut faire remonter cette question à la *genèse* du droit des gens, qui envisageait l'individu comme un *sujet* titulaire de droits. En effet, replacée dans une perspective historique, l'idée selon laquelle la *legitimatio ad causam* des individus en droit international répond à une nécessité[35] trouve ses premiers défenseurs chez les «pères fondateurs» de la discipline, ce que l'on devrait se garder d'oublier aujourd'hui. J'aimerais à cet effet rappeler les grandes lignes de leur pensée, dans les limites exigées par la présente opinion individuelle. Je me suis déjà livré à cet exercice dans l'opinion individuelle (par. 26-28) que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 4 juillet 2011 en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* concernant l'intervention de la Grèce; la question ayant été une nouvelle fois portée au premier plan dans le présent avis consultatif, il me paraît utile d'y revenir, plus en détail, dans mon opinion individuelle.

58. Le XVI^e^ siècle vit naître et se développer la théorie de Francisco de Vitoria (auteur du célèbre *Relecciones Teológicas*, 1538-1539), selon laquelle le droit des gens régissait une communauté internationale *(totus orbis)* composée d'êtres humains organisés socialement en Etats et représentant l'humanité elle-même; la réparation des violations des droits (de l'homme) reflétait une nécessité internationale à laquelle répondait le droit des gens, les mêmes principes de justice s'appliquant aussi bien aux Etats qu'aux individus et aux peuples qui les composaient[36]. Dans son

[35] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 1-212; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 7-184; A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 7-96.

[36] Voir F. de Vitoria, *Relecciones — del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Mexico, Porrúa, 1985, p. 1-101; F. de Vitoria, *De Indis — Relectio Prior* (1538-1539), dans *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones Teológicas* (dir. publ., T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675; F. de Vitoria, *La Ley (De Lege — Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 5, 23 et 77.

F. de Vitoria sustained the necessity of every law to pursue, above all, the common good, and he added that natural law is found not in the "will", but rather in right reason *(recta ratio)*[37].

59. More than four and a half centuries later, his message retains a remarkable topicality. On his turn, Alberico Gentili (author de *De Jure Belli*, 1598) sustained, by the end of the sixteenth century, that law governs the relationships between the members of the universal *societas gentium*. In his *De Jure Belli Libri Tres* (1612), A. Gentili held that the law of nations was "established among all human beings", being "observed by all mankind"[38]. In the seventeenth century, in the outlook advanced by Francisco Suárez (author of the treaty *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), the law of nations discloses the unity and universality of humankind, and regulates the States in their relations as members of the universal society[39].

60. Shortly afterwards, the conception elaborated by Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625), sustained that *societas gentium* comprises the whole of humankind, and the international community cannot pretend to base itself on the *voluntas* of each State individually; human beings — occupying a central position in international relations — have rights vis-à-vis the sovereign State, which cannot demand obedience of their citizens in an absolute way (the imperative of the common good), as the so-called "raison d'Etat" has its limits, and cannot prescind from law[40]. In this line of reasoning, in the eighteenth century, Samuel Pufendorf (*De Jure Naturae et Gentium*, 1672) sustained as well the subjection of the legislator to reason; to him, international law was founded on natural law, being a great system of universal law "embracing even private law"[41].

61. On his turn, Christian Wolff (author of *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), pondered that, just as individuals ought to, in their association in the State, promote the common good, the State

---

[37] F. de Vitoria, *La Ley (De Lege — Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 5, 23 and 77.

[38] A. Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* (1612), Vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1933, p. 8.

[39] Cf. Association Internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, pp. 169-170.

[40] Cf., on his conception of *jus gentium*, H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), The Hague, Nijhoff, 1948, pp. 6, 10 and 84-85. Cf. also Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Yearbook of International Law (BYBIL)* (1946), pp. 1-53.

[41] H. Wehberg, "Introduction", in S. Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* (1672), Vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1931, pp. XIV, XVI and XXII. To him, the standards of justice applied vis-à-vis the States as well as the individuals; Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943), pp. 7 and 21-31, esp. p. 26.

ouvrage intitulé *De Lege*, F. de Vitoria avait auparavant défendu l'idée selon laquelle toute loi devait rechercher, par-dessus tout, le bien commun; il soutenait également que le droit naturel était fondé non pas sur la «volonté», mais sur la «droite raison» *(recta ratio)*[37].

59. Plus de quatre siècles et demi plus tard, ce précepte demeure d'une remarquable actualité. A la fin du XVI[e] siècle, Alberico Gentili (auteur de *De Jure Belli*, 1598) fit à son tour valoir que le droit régissait les rapports entre les membres de la *societas gentium* universelle. Dans son ouvrage intitulé *De Jure Belli Libri Tres* (1612), A. Gentili soutint que le droit des gens était «établi entre tous les êtres humains» et «observé par l'humanité tout entière»[38]. Au XVII[e] siècle, Francisco Suárez (auteur du traité *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612) professa que le droit des gens révélait l'unité et l'universalité du genre humain, et qu'il régissait les rapports entre les Etats considérés comme des membres de la société universelle[39].

60. Quelques années plus tard, Hugo Grotius (auteur de *De Jure Belli ac Pacis*, 1625) développa l'idée selon laquelle la *societas gentium* englobait l'humanité tout entière; la communauté internationale ne pouvait prétendre trouver son fondement dans la *voluntas* de chaque Etat pris individuellement; les êtres humains — occupant une place centrale dans les relations internationales — avaient des droits vis-à-vis de l'Etat souverain, qui ne pouvait exiger de ses citoyens l'obéissance absolue (l'impératif du bien commun), la «raison d'Etat» ayant ses limites et ne pouvant écarter le droit[40]. Dans la même ligne de pensée, Samuel Pufendorf (*De Jure Naturae et Gentium*, 1672) défendit lui aussi l'idée selon laquelle le législateur devait obéir à la raison. A ses yeux, le droit international était fondé sur le droit naturel et représentait un vaste système de droit universel «englobant même le droit privé»[41].

61. Au XVIII[e] siècle, Christian Wolff (auteur de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749) considéra à son tour que, tout comme les individus devaient — au sein de l'Etat — promouvoir le bien commun,

---

[37] F. de Vitoria, *La Ley (De Lege — Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 5, 23 et 77.

[38] A. Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* (1612), vol. II, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1933, p. 8.

[39] Voir Association internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 169-170.

[40] Voir H. Grotius (sur sa conception du droit des gens), *De Jure Belli ac Pacis* (1625), La Haye, Nijhoff, 1948, p. 6, 10 et 84-85. Voir aussi Hersch Lauterpacht, «The Grotian Tradition in International Law», *British Yearbook of International Law (BYBIL)*, vol. 23 (1946), p. 1-53.

[41] H. Wehberg, «Introduction», dans S. Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* (1672), vol. II, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1931, p. XIV, XVI et XXII. Selon lui, les règles de la justice s'appliquaient autant aux Etats qu'aux individus; Hersch Lauterpacht, «The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 29 (1943), p. 7 et 21-31, en particulier p. 26.

for its part has the correlative duty to seek its perfection[42]. Stressing that the law of nations was necessary rather than voluntary, Wolff defined it as "the science of that law which nations or peoples use in their relations with each other and of the obligations corresponding thereto"; it "binds nations in conscience", in order to preserve society composed of individuals, and to promote the common good. Wolff stressed that, just as all individuals were free and equal, all nations likewise were "by nature equal the one to the other", with the corresponding rights and obligations being also the same[43]. Already in the presentation of his treatise, Wolff wrote with clarity that natural law

> "controls the acts of individual men as well as those of nations also, by prescribing duties both toward themselves and toward each other. And just as it has united individual men to each other (. . .) and has established among them a certain society, so that man is necessary to man (. . .); so has it united nations, (. . .) so that nation is necessary to nation (. . .). Therefore the entire human race is likened to a living body (. . .), and it retains unimpaired health so long as the individual members perform their functions properly."[44]

62. However, the illuminating thoughts and vision of the so-called founding fathers of international law, which conceived it as a truly *universal* system, regrettably came to be gradually surpassed by new doctrinal constructions, and mainly by the emergence of legal positivism. Yet, even with the early emergence of this latter, doctrinal constructions such as that of Cornelius van Bynkershoek (*De Foro Legatorum*, 1721; *Questiones Juris Publici — Libri Duo*, 1737) continued to uphold a multiplicity of subjects of *jus gentium*. To Bynkershoek, e.g., those subjects were mainly the nations *(gentes)*, but also peoples and other "persons of free will" *(inter volentes)*; legal subjectivity, to him, embraced all those who acted in the field of *jus gentium* of his times, and, to approach this latter, resort was to some extent still made to *ratio*[45].

63. The subsequent personification of the all-powerful State, inspired mainly in the philosophy of law of Hegel, had a harmful influence in the evolution of international law by the end of the nineteenth century and the beginning of the twentieth century. This doctrinal trend resisted as

---

[42] C. Wolff beheld nation-States as members of a *civitas maxima*, a concept which Emmerich de Vattel (author of *Le Droit des Gens*, 1758), subsequently, invoking the necessity of "realism", pretended to replace by a "society of nations" (a less advanced concept); cf. F. S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment — The Background of Emmerich de Vattel's "Le Droit des Gens"*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95.

[43] C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (edition of 1764), Vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 3, 9-11, 13 and 15-16.

[44] *Ibid.*, p. 3.

[45] K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law*, The Hague, Kluwer, 1998, pp. 56-59, 174-175 and 178-179, and cf. pp. 68-69.

l'Etat avait corrélativement pour obligation de rechercher la perfection[42]. Soulignant que le droit des gens découlait d'une nécessité plutôt que d'une volonté, Wolff définit celui-ci comme étant «la science du droit utilisé par les nations ou les peuples pour régir leurs relations mutuelles et les obligations qui s'y attachent»; ce droit «lie les nations en conscience» en vue de préserver la société composée d'individus et de promouvoir le bien commun. Selon lui, de même que tous les individus sont libres et égaux, de même toutes les nations sont, «par nature, égales les unes aux autres», partageant les mêmes droits et obligations[43]. Dans la présentation de son traité, Wolff écrivait en termes clairs que le droit naturel

> «régit les actes non seulement des individus mais aussi des nations, en leur imposant des devoirs envers eux-mêmes mais aussi les uns envers les autres. Et, tout comme le droit unit les individus ... et les organise en société, de sorte que l'homme est nécessaire à l'homme..., le droit unit les nations..., de sorte qu'une nation est nécessaire à une autre... Ainsi, l'ensemble du genre humain s'apparente à un organisme vivant ... qui demeure en bonne santé aussi longtemps que ses membres individuels remplissent correctement leurs fonctions.»[44]

62. Malheureusement, la pensée et la vision éclairantes des «pères fondateurs», qui voyaient le droit international comme un système véritablement *universel*, ont peu à peu été éclipsées par de nouvelles constructions doctrinales, en particulier le positivisme juridique, qui apparut très tôt. Et pourtant, certains auteurs, tels que Cornelius van Bynkershoek (*De Foro Legatorum*, 1721; *Questiones Juris Publici — Libri Duo*, 1737), continuèrent de soutenir que le *jus gentium* s'appliquait à une multitude de sujets. Selon Bynkershoek, par exemple, ces sujets étaient principalement les nations *(gentes)*, mais aussi les peuples et d'autres «personnes dotées de volonté» *(inter volentes)*. Etaient sujets de droit tous ceux qui agissaient dans le domaine du *jus gentium* de son époque, lequel ressortissait encore à la raison *(ratio)*[45].

63. La personnification ultérieure de l'Etat tout-puissant, qui trouve principalement son origine dans la philosophie du droit de Hegel, eut une influence néfaste sur l'évolution du droit international à la fin du XIX[e] et au début du XX[e] siècle. Ce courant doctrinal s'opposa vigoureusement à

---

[42] C. Wolff considérait que les Etats-nations étaient les membres d'une *civitas maxima*, notion qu'Emmerich de Vattel (auteur de l'ouvrage intitulé *Le droit des gens*, 1758) tenta ultérieurement de remplacer, au nom d'un nécessaire «réalisme», par une «société des nations» (concept moins avancé); voir F. S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment — The Background of Emmerich de Vattel's «Le droit des gens»*, Dobbs Ferry/New York, Oceana, 1975, p. 95.

[43] C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (éd. de 1764), vol. II, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford — Carnegie Endowment for International Peace, 1934, p. 3, 9-11, 13 et 15-16.

[44] *Ibid.*, p. 3.

[45] K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law*, La Haye, Kluwer, 1998, p. 56-59, 174-175 et 178-179; voir aussi p. 68-69.

much as it could to the ideal of emancipation of the human being as subject of the law of nations, endowed with international juridical capacity. Legal positivism personified the State and shifted emphasis to its "will", seeking to reduce the rights of the human person to those "conceded" by the State. It was necessary to wait for the first decades of the twentieth century to witness individuals vindicating their own rights as subjects of the law of nations, endowed with international juridical personality.

64. The advent of a permanent international jurisdiction, early in the twentieth century, in fact transcended a purely inter-State outlook of the international *contentieux*. The projected International [Maritime] Prize Court (1907) foresaw the access to international justice not only by States, but also by individuals. That Court, however, was not established, given the lack of the required number of ratifications for the corresponding Convention to enter into force. Yet, the idea of overcoming the inter-State paradigm was already present at the II Hague Peace Conference of 1907. In that same year, in effect the idea found concrete expression, not at universal level, but rather at the regional Latin-American level, by means of the creation of the first (permanent) international tribunal of our era, the Central American Court of Justice.

65. Created in 1907 and endowed with a wide jurisdictional basis, the Central American Court of Justice, the pioneer of modern international tribunals, granted *jus standi* (direct access) not only to States but also to individuals who could present claims against their own States. In fact, the Central American Court of Justice was seized by both States and individuals[46], having operated continuously for one decade (1908-1918), while the Washington Convention which established it remained in force. Once again, Latin America, faithful to its rich international legal heritage, was in the forefront of the evolution of modern international law in this domain.

66. The Central American Court of Justice heralded the advent and the first concrete advances of the *rule of law (préeminence du droit)* at international level, even before the creation of the Permanent Court of International Justice (PCIJ). During its decade of existence, it was regarded as giving expression to the "Central American conscience"[47]. The important point to retain here is that, in historical perspective, that pioneering experiment granted *jus standi* — not only *locus standi in judicio* — to individuals as the complaining party before it.

67. In the era of the League of Nations, other pioneering experiments flourished, going likewise beyond the traditional inter-State dimension,

[46] A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I", 316 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye (RCADI)* (2005), p. 289.

[47] C. J. Gutiérrez, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, Ed. Juricentro, 1978, pp. 31, 42, 106, 150-154 and 157-158.

l'idéal d'émancipation de l'être humain en tant que sujet du droit des gens, doté de la capacité juridique internationale. Le positivisme juridique personnifia l'Etat et mit l'accent sur sa «volonté», cherchant à réduire les droits de la personne humaine à ceux «concédés» par l'Etat. Il fallut attendre les premières décennies du XX[e] siècle pour voir des individus revendiquer leurs droits en tant que sujets du droit des gens, dotés de la personnalité juridique internationale.

64. L'avènement, au début du XX[e] siècle, d'une juridiction internationale permanente a de fait permis d'aller au-delà d'une vision purement interétatique du contentieux international. Le projet de cour internationale [maritime] des prises (1907) prévoyait que non seulement les Etats mais aussi les particuliers auraient accès à la justice internationale. Cette cour ne vit néanmoins jamais le jour, car la convention relative à son établissement n'obtint pas le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur, mais l'idée de transcender le paradigme interétatique existait déjà à l'époque de la conférence de paix de La Haye de 1907. D'ailleurs, cette même année, celle-ci devint réalité, sinon de manière universelle, du moins à l'échelle de l'Amérique latine, avec la création de la première cour internationale (permanente) de notre ère, la Cour centraméricaine de justice.

65. Créée en 1907 et dotée d'une vaste base de compétence, la Cour centraméricaine de justice, première cour internationale des temps modernes, accorda le *jus standi* (accès direct à la justice) non seulement aux Etats mais aussi aux particuliers, qui pouvaient attraire en justice les autorités de l'Etat. D'ailleurs, cette juridiction fut saisie tant par des Etats que par des particuliers[46] tout au long des dix années de son existence, soit aussi longtemps que la convention de Washington portant création de la Cour demeura en vigueur, de 1908 à 1918. Une fois encore, l'Amérique latine, digne héritière d'un vaste patrimoine juridique international, joua un rôle de premier plan dans l'évolution du droit international contemporain dans ce domaine.

66. La Cour centraméricaine de justice favorisa l'avènement de la prééminence du droit à l'échelle internationale et lui fit faire ses premiers pas, avant même que ne fût créée la Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Au cours de ses dix années d'existence, elle fut considérée comme l'organe par lequel s'exprimait «la conscience centraméricaine»[47]. Ce qu'il importe de retenir ici, c'est que, historiquement, cette expérience entièrement nouvelle accorda le *jus standi* — et pas seulement le *locus standi in judicio* — aux personnes privées, habilitées à se présenter devant elle en tant que parties demanderesses.

67. Après la création de la Société des Nations, d'autres expériences novatrices virent le jour qui, à l'instar de la Cour centraméricaine, dépas-

[46] A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 316 (2005), p. 289.

[47] C. J. Gutiérrez, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, Ed. Juricentro, 1978, p. 31, 42, 106, 150-154 et 157-158.

and giving procedural capacity to individuals *(jus standi and locus standi)* at international level. Such was the case of the systems of minorities and of territories under mandate *(infra)*, and the systems of petitions of Upper Silesia, the Aaland Islands and of the Saar and of Danzig[48]. They paved the way for the consolidation, in the era of the United Nations, of the mechanisms of international individual petition, not only in the trusteeship system, but also, and above all, under the international human rights treaties and instruments[49], which were to be extended also to the regional level (European and Inter-American Courts of Human Rights, lately followed by the African Court of Human and Peoples' Rights). The individual was erected into subject of international law, endowed with international procedural capacity.

68. The individual came to be acknowledged as subject of both domestic and international law[50]. In fact, he has always remained in contact, directly or indirectly, with the international legal order. In the inter-war period, the experiments of the *minorities*[51] and *mandates*[52] *systems* under the League of Nations, for example, bear witness thereof[53]. They were

---

[48] J. C. Wittenberg, "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales", 41 *RCADI* (1932), pp. 5-135; J. Stone, "The Legal Nature of Minorities Petition", 12 *BYBIL* (1931), pp. 76-94; M. Sibert, "Sur la procédure en matière de pétition dans les pays sous mandat et quelques-unes de ses insuffisances", 40 *RGDIP* (1933), pp. 257-272; M. St. Korowicz, *Une expérience en droit international — La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pedone, 1946, pp. 81-174.

[49] J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 1-256; M. E. Tardu, *Human Rights — The International Petition System*, Binders 1-3, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1979-1985; T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 1-237.

[50] On the historical evolution of the legal personality in the law of nations, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public", in *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", in *Law and Politics in the World Community* (ed. G. A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 and 336; J. A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *RCADI* (1983), pp. 157-238.

[51] Cf., e.g., P. de Azcárate, *League of Nations and National Minorities: An Experiment*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, pp. 123-130; J. Stone, *International Guarantees of Minorities Rights*, Oxford University Press, 1932, p. 56; A. N. Mandelstam, "La protection des minorités", 1 *RCADI* (1923), pp. 363-519.

[52] Cf., e.g., G. Diena, "Les mandats internationaux", 5 *RCADI* (1924), pp. 246-261; N. Bentwich, *The Mandates System*, London, Longmans, 1930, p. 114; Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago University Press, 1930, pp. 169-172.

[53] C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-131; A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review/Nederlands Tijdschrift voor international Recht* (1977), pp. 373-392.

sèrent la dimension interétatique et donnèrent aux individus le droit d'engager une action *(jus standi* et *locus standi)* devant des instances internationales. J'en veux pour exemples les systèmes de protection des minorités et des territoires sous mandat (voir plus loin) et les systèmes de pétition pour la Haute-Silésie, les îles Aaland, la Sarre et Dantzig[48]. Ce fut ensuite au tour de l'Organisation des Nations Unies de consolider ce processus en mettant en place les mécanismes de requête individuelle au niveau international, non seulement dans le cadre du régime des tutelles, mais aussi et surtout en vertu des traités et instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme[49], processus qui se poursuivit au niveau régional (avec la création des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, suivies par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples). L'individu acquit alors le statut de sujet de droit international, doté de la faculté d'engager une procédure devant une instance internationale.

68. Fut ainsi reconnue à l'individu la qualité de sujet de droit interne et de droit international[50]. En réalité, les personnes privées ont toujours eu un lien, direct ou indirect, avec l'ordre juridique international, comme en témoignent par exemple les *systèmes des minorités*[51] et *des mandats*[52] pendant l'entre-deux-guerres, du temps de la Société des Nations[53], puis,

---

[48] J. C. Wittenberg, «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», *RCADI*, vol. 41 (1932), p. 5-135; J. Stone, «The Legal Nature of Minorities Petition», *BYBIL*, vol. 12 (1931), p. 76-94; M. Sibert, «Sur la procédure en matière de pétition dans les pays sous mandat et quelques-unes de ses insuffisances», *RGDIP*, vol. 40 (1933), p. 257-272; M. St. Korowicz, *Une expérience de droit international — La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pedone, 1946, p. 81-174.

[49] J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, p. 1-256; M. E. Tardu, *Human Rights — The International Petition System*, classeurs 1-3, Dobbs Ferry/New York, Oceana, 1979-1985; T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 1-237.

[50] Sur l'évolution historique de la personnalité juridique dans le droit des gens, voir H. Mosler, «Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public», dans *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologne, Coop. Libr. Univ., 1972, p. 9-268; G. Scelle, «Some Reflections on Juridical Personality in International Law», dans *Law and Politics in the World Community* (dir. publ., G. A. Lipsky), Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1953, p. 49-58 et 336; J. A. Barberis, «Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale», *RCADI*, vol. 179 (1983), p. 157-238.

[51] Voir, par exemple, P. de Azcárate, *League of Nations and National Minorities: An Experiment*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, p. 123-130; J. Stone, *International Guarantees of Minorities Rights*, Oxford University Press, 1932, p. 56; A. N. Mandelstam, «La protection des minorités», *RCADI*, vol. 1 (1923), p. 363-519.

[52] Voir, par exemple, G. Diena, «Les mandats internationaux», *RCADI*, vol. 5 (1924), p. 246-261; N. Bentwich, *The Mandates System*, Londres, Longmans, 1930, p. 114; Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago University Press, 1930, p. 169-172.

[53] C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhague, Munksgaard, 1962, p. 109-131; A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century», *Netherlands International Law Review/Nederlands Tijdschrift voor international Recht*, vol. 24 (1977), p. 373-392.

followed, in that regard, by the *trusteeship system*[54] under the United Nations era, parallel to the development under this latter, over the years, of the multiple mechanisms — conventional and extra-conventional — of international protection of human rights.

69. Those earlier experiments in the twentieth century were of relevance for subsequent developments in the international safeguard of the rights of the human person[55]. It is beyond the purposes of the present separate opinion to undertake a survey of all these developments. May I limit myself here, once again, to refer to my previous separate opinion in the Court's recent Order of 4 July 2011 (pertaining to Greece's intervention) in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy)*: I have had therein the occasion to dwell upon the distinct aspects of the individuals as *titulaires* of rights (parallel to States) in the new *jus gentium* of our times, namely: *(a)* the legacy of the individuals' subjectivity in the law of nations (paras. 25-29); *(b)* their presence and participation in the international legal order (paras. 30-35); *(c)* their rescue as subjects of international law (paras. 36-49); and *(d)* the historical significance of their international subjectivity (paras. 50-54).

X. Subjects of Rights: The Outdated Dogmatism of the PCIJ and ICJ Statutes

70. The question of the procedural capacity of the individuals before the ICJ, and its predecessor the Permanent Court of International Justice (PCIJ), was effectively considered on the occasion of the original drafting, by the Advisory Committee of Jurists appointed by the old League of Nations, of the Statute of the PCIJ in 1920[56]. Of the ten members of the aforementioned Committee of Jurists, only two — Loder and de La Pradelle — pronounced themselves in favour of enabling the individuals to appear as parties before the Hague Court *(jus standi)* in contentious cases against (foreign) States. The majority of the Committee, however, was firmly opposed to this proposition: four members[57] objected that the individuals were not subjects of international law (and could not, thus, in their view, be parties before the Court) and that only the States were

[54] Cf., e.g., C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, London, Stevens, 1956, pp. 39, 47 and 249-250; J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 48-136; G. Vedovato, "Les accords de tutelle", 76 *RCADI* (1950), pp. 613-694.

[55] Cf., e.g., C. Th. Eustathiades, "Une nouvelle expérience en droit international — Les recours individuels à la Commission des droits de l'homme", *Grundprobleme des internationalen Rechts — Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, pp. 111-137, esp. pp. 77 and 121, note 32.

[56] A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo..., op. cit. supra* note 35, p. 31, and pp. 32-35.

[57] Arturo Ricci-Busatti, Baron Descamps, Raul Fernandes and Lord Phillimore.

après la création de l'Organisation des Nations Unies, le *système des tutelles*[54], complété au fil des années par les multiples mécanismes de protection des droits de l'homme, de nature conventionnelle ou extraconventionnelle, mis en place à l'échelle internationale.

69. Les premières expériences qui jalonnèrent le XX^e^ siècle eurent une influence sur l'évolution de la protection internationale des droits de la personne humaine[55]. Passer en revue l'ensemble de ces développements nous emmènerait trop loin et je vous renvoie, une nouvelle fois, à l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 4 juillet 2011 (à propos de l'intervention de la Grèce) en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, dans laquelle j'ai eu l'occasion de m'étendre sur les différents aspects de la question des individus en tant que titulaires de droits (parallèlement aux Etats) dans le nouveau *jus gentium*, à savoir: *a)* l'héritage de la subjectivité de l'individu en droit des gens (par. 25-29); *b)* sa présence dans l'ordre juridique international et sa participation à celui-ci (par. 30-35); *c)* la réhabilitation de l'individu en tant que sujet de droit international (par. 36-49); et *d)* l'importance historique de la subjectivité internationale de l'individu (par. 50-54).

X. Sujets titulaires de droits: le dogmatisme des Statuts de la CPJI et de la CIJ aujourd'hui dépassé

70. La question de la faculté des individus d'engager une procédure devant la Cour internationale de Justice et devant sa devancière a, de fait, été envisagée dès 1920, lors de la rédaction du projet de statut de la Cour permanente de Justice internationale (ci-après la «Cour permanente») par le comité consultatif de juristes nommé par la Société des Nations[56]. Sur les dix membres que comptait le comité, seuls deux — Loder et de La Pradelle — se prononcèrent en faveur de l'octroi aux individus du droit de se présenter devant la cour de La Haye en tant que parties *(jus standi)* dans les affaires contentieuses contre des Etats (étrangers). La majorité des membres du comité y étaient fermement opposés: quatre d'entre eux[57] objectèrent que les individus n'étaient pas des sujets de droit international (et ne pouvaient donc être parties devant la Cour) et que — étant

[54] Voir, par exemple, C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, Londres, Stevens, 1956, p. 39, 47 et 249-250; J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, p. 48-136; G. Vedovato, «Les accords de tutelle», *RCADI*, vol. 76 (1950), p. 613-694.

[55] Voir, par exemple, C. Th. Eustathiades, «Une nouvelle expérience en droit international — Les recours individuels à la Commission des droits de l'homme», *Grundprobleme des internationalen Rechts — Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 111-137, en particulier p. 77 et 121, note 32.

[56] A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo..., op. cit. supra* note 35, p. 31, et p. 32-35.

[57] Arturo Ricci-Busatti, le baron Descamps, Raul Fernandes et lord Phillimore.

juridical persons in the international order — in what they were followed by the other members[58].

71. The position which prevailed in 1920 — which has been surprisingly and regrettably maintained in Article 34 (1) of the Statute of the ICJ (formerly the PCIJ) to date — was promptly and strongly criticized in the more lucid doctrine of the epoch (already in the twenties). Thus, in his thoughtful monograph *Les nouvelles tendances du droit international* (1927), Nicolas Politis pondered that the States are no more than fictions, composed as they are of individuals, and that all law ultimately aims at the human being, and nothing more than the human being[59]: this is something "so evident" — he added, that "it would be needless to dwell on the point had not the mists of sovereignty obscured the most basic of truths".[60]

And N. Politis proceeded in the defence of the granting to individuals of the direct appeal to international instances to vindicate their "legitimate interests", as that would to "a true necessity of international life"[61].

72. Another criticism to the solution adopted in the matter by the Statute of the PCIJ (Article 34 (1)) was formulated by J. Spiropoulos, also in the twenties. Already in 1928, he had anticipated that the emancipation of the individual from the State was a "question of time" and that the individual should be able to defend *himself* and his rights at the international level[62]. There was — he added — no impediment for conventional international law to secure to individuals a direct action at international level (there having even been precedents in this sense in the inter-war period); if this did not occur and one would limit oneself to judicial actions at domestic law level, not seldom the State would become "judge and party" at the same time, what would be an incongruity.

73. To J. Spiropoulos, the international legal order can address itself directly to individuals (as exemplified by the peace treaties of the inter-war period), thereby erecting them into the condition of subjects of international law, to the extent that a direct relationship is established between the individual and the international legal order, which renders him "directly *titulaire* of rights or of obligations"; thus, one cannot fail to admit the international legal personality of the individual[63]. Without the granting to individuals of direct means of action at international level, his rights will continue "without sufficient protection"; only with such direct action before an international instance — he added — an *effective* protec-

---

[58] Cf. account in J. Spiropoulos, *L'individu en droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* note 59, pp. 84-87; M. St. Korowicz, "The Problem of the International Personality of Individuals", 50 *American Journal of International Law* (1956), p. 543.

[59] N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77 and 69.

[60] *Ibid.*, pp. 77-78.

[61] *Ibid.*, pp. 82-83 and 89-90, and cf. pp. 92 and 61.

[62] J. Spiropoulos, *op. cit. supra* note 58, p. 44, and cf. pp. 49 and 64-65.

[63] *Ibid.*, pp. 25, 31-33, 40-41 and 50-51.

en cela rejoints par les autres membres du comité — seuls les Etats étaient des personnes morales dans l'ordre international[58].

71. La position dominante en 1920 — reflétée aujourd'hui encore, de manière aussi surprenante que regrettable, dans le Statut de la Cour (paragraphe 1 de l'article 34) — fut rapidement et vigoureusement critiquée par les esprits plus clairvoyants de l'époque (dans les années 1920 déjà). Ainsi, dans son éminente monographie *Les nouvelles tendances du droit international* (1927), Nicolas Politis soutint que l'Etat n'était que pure fiction, parce que simplement composé d'individus, et que le droit visait partout l'homme, et rien que l'homme[59]: cela était «tellement évident», ajoutait-il, qu'«il serait inutile d'y insister si les brumes de la souveraineté n'avaient pas obscurci les vérités les plus élémentaires»[60].

Et N. Politis de poursuivre en défendant l'octroi à l'individu du droit de recours direct devant la justice internationale afin de faire valoir ses «intérêts légitimes», une telle réforme répondant à un «véritable besoin de la vie internationale»[61].

72. Toujours dans les années 1920, J. Spiropoulos critiqua lui aussi la solution retenue dans le Statut de la Cour (paragraphe 1 de l'article 34). Dès 1928, il avait anticipé que l'émancipation de l'individu par rapport à l'Etat était une «question de temps» et que celui-ci devrait être capable de se défendre lui-même et de faire valoir ses droits au niveau international[62]. Il pensait que rien ne s'opposait à ce que le droit international conventionnel prévoie l'action directe des individus devant une instance internationale (il existait même des précédents dans l'entre-deux-guerres) puisque, en limitant l'accès à la justice des individus aux juridictions internes, l'Etat ne serait que trop souvent «juge et partie» dans la même affaire, ce qui aboutirait à une absurdité.

73. Toujours selon J. Spiropoulos, l'ordre juridique international pouvait s'adresser directement aux individus (comme l'attestent les traités de paix de l'entre-deux-guerres), leur reconnaissant ainsi la qualité de sujets de droit international, de sorte qu'une relation directe était établie entre l'individu et l'ordre juridique international, le rendant directement «titulaire de droits ou d'obligations». Il convenait donc d'admettre la personnalité internationale de l'individu[63]. S'il se voyait refuser le droit à une action directe devant une instance internationale, l'individu continuerait de voir ses droits «insuffisamment protégés»; l'action directe devant une instance internationale, précisait-il, était la seule voie aboutissant à une

---

[58] Voir la synthèse dans J. Spiropoulos, *L'individu en droit international*, Paris, LGDJ, 1928, p. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* note 59, p. 84-87; M. St. Korowicz, «The Problem of the International Personality of Individuals», *American Journal of International Law*, vol. 50 (1956), p. 543.

[59] N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, p. 76-77 et 69.

[60] *Ibid.*, p. 77-78.

[61] *Ibid.*, p. 82-83 et 89-90; voir aussi p. 92 et 61.

[62] J. Spiropoulos, *op. cit. supra* note 58, p. 44; voir aussi p. 49 et 64-65.

[63] *Ibid.*, p. 25, 31-33, 40-41 et 50-51.

tion of human rights will be achieved, in conformity with "the spirit of the new international order".

74. The option made by the draftsmen of the Statute of the old PCIJ, stratified with the passing of time in the Statute of the ICJ up to the present time, is even more open to criticism if we consider that, already in the first half of the twentieth century, there were experiments of international law which in effect granted international procedural status to individuals. This is exemplified by the system of the navigation of the Rhine River, by the Project of an International Prize Court (1907), by the Central American Court of Justice (1907-1917), as well as, in the era of the League of Nations, by the systems of minorities (including Upper Silesia) and of the territories under mandate, by the systems of petitions of the Aaland Islands and of the Saar and of Danzig, besides the practice of mixed arbitral tribunals and of mixed claims commissions, of the same epoch[64].

75. This evolution intensified and generalized in the era of the United Nations, with the adoption of the system of individual petitions under some universal human rights treaties of our times, in addition to human rights conventions at regional level, which established international human rights tribunals (the European and Inter-American Courts of Human Rights[65], followed, more recently, by the African Court of Human and Peoples' Rights). Thereunder the international procedural capacity of individuals came to be exercised, with their direct access to international justice[66]. The significance of the right of individual petition can only be properly assessed in historical perspective.

---

[64] For a study, cf., e.g., A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", *op. cit. supra* note 53, pp. 373-392; C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, *op. cit. supra* note 53, pp. 109-128; M. St. Korowicz, *Une expérience de droit international — La protection de minorités de Haute-Silésie*, *op. cit. supra* note 48, pp. 81-174; among others.

[65] A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo...*, *op. cit. supra* note 35, pp. 34-35.

[66] At the beginning of the exercise of the right to individual petition, such right, even if motivated by the search for individual reparation, also contributed to secure the respect for the objective obligations that were binding upon States parties. Cf., under the original text of Article 25 of the European Convention on Human Rights, e.g., H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956), p. 9; C. Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", *Grundprobleme des internationalen Rechts — Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milan, Giuffrè, 1958, pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *Studi in Onore di G. Sperduti*, Milan, Giuffrè, 1984, pp. 601-620.

protection effective des droits de l'homme, conforme à «l'esprit du nouvel ordre international».

74. L'option retenue par les rédacteurs du Statut de la Cour permanente, cristallisée dans le Statut de la Cour internationale de Justice jusqu'à ce jour, est encore plus critiquable si l'on considère que, dès la première moitié du XX[e] siècle, de nouvelles voies furent explorées en droit international qui accordaient aux personnes privées la faculté d'engager des procédures devant des juridictions internationales. J'en veux pour exemples le régime de navigation du Rhin, le projet de cour internationale des prises (1907), la Cour centraméricaine de justice (1907-1917), ainsi que, à l'époque de la Société des Nations, les systèmes de protection des minorités (dont la Haute-Silésie) et des territoires sous mandat, les systèmes de pétition pour les îles Aaland, la Sarre et Dantzig, auxquels est venue s'ajouter, à la même époque, la pratique des tribunaux arbitraux et des commissions de réclamations mixtes[64].

75. Cette tendance s'est confirmée et généralisée au lendemain de la création de l'Organisation des Nations Unies, avec l'adoption de plusieurs traités universels de protection des droits de l'homme prévoyant le droit d'introduire des requêtes individuelles et de plusieurs conventions régionales instituant des juridictions internationales spécialisées dans la défense des droits de l'homme (les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme[65], et, plus tard, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples). Les individus purent alors user de leur capacité d'engager des procédures devant des instances internationales, en ayant un accès direct à la justice internationale[66]. Seule une perspective historique permet d'apprécier l'importance du droit de former une requête individuelle.

---

[64] Pour une étude, voir par exemple A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century», *op. cit. supra* note 53, p. 373-392; C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, *op. cit. supra* note 53, p. 109-128; M. St. Korowicz, *Une expérience de droit international — La protection des minorités de Haute-Silésie*, *op. cit. supra* note 48, p. 81-174, entre autres.

[65] A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo...*, *op. cit. supra* note 35, p. 34-35.

[66] Lorsqu'il a commencé à être exercé, même s'il répondait à la volonté d'obtenir réparation à titre individuel, le droit de recours individuel a également contribué à garantir le respect des obligations objectives imposées aux Etats parties. Voir, à propos du texte original de l'article 25 de la convention européenne des droits de l'homme, par exemple, H. Rolin, «Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme», *Revue hellénique de droit international*, vol. 9 (1956), p. 9; C. Th. Eustathiades, «Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme», *Grundprobleme des internationalen Rechts — Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milan, Giuffrè, 1958, p. 129-130; K. Vasak, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, p. 96-98; F. Matscher, «La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», *Studi in Onore di G. Sperduti*, Milan, Giuffrè, 1984, p. 601-620.

XI. The Erosion of the Inter-State Outlook of Adjudication by the ICJ

76. The fact that the Advisory Committee of Jurists did not find, in 1920, that the time was ripe to grant access to the PCIJ to subjects of rights other than the States, such as the individuals, did not mean a definitive answer to the question at issue. The fact that the same position was maintained at the time of adoption in 1945 of the Statute of the ICJ did not mean a definitive answer to the question at issue. The question of access of individuals to international justice, with procedural equality, continued to occupy the attention of legal doctrine ever since, throughout the decades. Individuals and groups of individuals began to have access to other international judicial instances (cf. *supra*), reserving the PCIJ and later the ICJ only for disputes between States.

77. The dogmatic position taken originally in 1920, on the occasion of the preparation and adoption of its Statute, did not hinder the PCIJ to occupy itself promptly of cases pertaining to the treatment of minorities and inhabitants of cities or territories with a juridical statute of their own. In considerations developed in the examination of such matters, the PCIJ went well beyond the inter-State dimension, taking into account the position of individuals themselves (as in, e.g., *inter alia*, the Advisory Opinion on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928 — cf. *infra*, para. 88). Ever since, the artificiality of such a dimension became noticeable and acknowledged, already at an early stage of the case law of the PCIJ.

78. The exclusively inter-State character of the *contentieux* before the ICJ has not appeared satisfactory at all. At least in some cases, pertaining to the condition of individuals, the presence of these latter (or of their legal representatives), in order to submit, themselves, their positions, would have enriched the proceedings and facilitated the work of the Court. One may recall, for example, the classical *Nottebohm* case concerning double nationality (*Liechtenstein* v. *Guatemala*) (1955); the case concerning the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (*Netherlands* v. *Sweden*) (1958); the cases of the *Trial of Pakistani Prisoners of War* (*Pakistan* v. *India*) (1973); of the *Hostages* (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case (*United States* v. *Iran*) (1980); of the *East Timor* (*Portugal* v. *Australia*) (1995); the case of the *Application of the Convention against Genocide* (*Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia*) (1996); and the three successive cases concerning consular assistance — namely, the case *Breard* (*Paraguay* v. *United States*) (1998); the case *LaGrand* (*Germany* v. *United States*) (2001) and the case *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico* v. *United States*) (2004).

79. In those cases, one cannot fail to reckon that one of their predominant elements was precisely the concrete situation of the individuals directly affected, and not merely abstract issues of exclusive interest of the

XI. L'OBSOLESCENCE DE LA VISION INTERÉTATIQUE DES AFFAIRES CONTENTIEUSES PORTÉES DEVANT LA CIJ

76. La position adoptée en 1920 par le comité consultatif de juristes, qui jugea inopportun de permettre à des sujets de droit autres que les Etats, tels que les individus, d'ester devant la Cour permanente, ne constitue pas une réponse définitive à la question qui nous occupe ici, pas plus que le maintien de cette position, en 1945, dans le Statut de la Cour internationale de Justice. La doctrine n'a cessé depuis lors de s'intéresser à la question de l'accès des personnes privées à la justice internationale, conformément au principe de l'égalité dans la procédure. Des individus et des groupes d'individus ont commencé à avoir accès à d'autres juridictions internationales (voir *supra*), la Cour permanente et, plus tard, la Cour internationale de Justice étant réservées aux litiges opposant les Etats.

77. La position dogmatique qui fut adoptée initialement, à l'occasion de la rédaction et de l'adoption du Statut de la Cour permanente, n'a pas empêché cette dernière de s'occuper rapidement d'affaires ayant trait au traitement de minorités et d'habitants de villes ou territoires ayant leur statut juridique propre. Dans les considérations qu'elle a développées à cette occasion, la Cour permanente est allée bien au-delà de la dimension interétatique, en prenant en compte la situation des individus eux-mêmes (l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig* en 1928 en est un exemple, voir *infra* par. 88). Dès la première heure, le caractère artificiel de cette dimension interétatique est devenu patent, et a été reconnu comme tel dans la jurisprudence constante de la Cour permanente.

78. La dimension exclusivement interétatique des contentieux portés devant la Cour internationale de Justice ne paraissait pas satisfaisante, loin s'en faut. Dans certaines affaires, en tout cas celles où la situation d'individus était en jeu, il aurait été souhaitable que ces derniers (ou leurs représentants légaux) puissent se présenter devant la Cour afin de faire connaître eux-mêmes leurs vues, ce qui aurait enrichi les débats et facilité les travaux de la Cour. On se souviendra, par exemple, des affaires suivantes: *Nottebohm*, concernant la double nationalité (*Liechtenstein c. Guatemala*) (1955); *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)* (1958); *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)* (1973); *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (1980); *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (1995); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (1996); ainsi que des trois affaires successives en matière d'assistance consulaire: *Breard (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* (1998), *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (2001) et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (2004).

79. Dans toutes ces affaires, force est de constater que l'un des éléments essentiels était justement la situation concrète des personnes directement concernées, et non pas simplement des questions abstraites touchant exclu-

litigating States in their relations *inter se*. Moreover, one may further recall that, in the case of *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda)* (2000), the ICJ was concerned with grave violations of human rights and of international humanitarian law; in the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon* v. *Nigeria)* (1996), it was likewise concerned with the victims of armed clashes. More recent examples wherein the Court's concerns have gone beyond the inter-State outlook include, e.g., the case on *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)* (2009) pertaining to the principle of universal jurisdiction under the UN Convention against Torture; the Advisory Opinion on the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (2010); the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)* (2010) on detention and expulsion of a foreigner; the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy)* (counter-claim, 2010); the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia* v. *Russian Federation)* (2011); the case of the *Temple of Preah Vihear (Cambodia* v. *Thailand)* (2011).

80. The artificiality of the exclusively inter-State outlook of the procedures before the ICJ is thus clearly disclosed by the very nature of some of the cases submitted to it. Such artificiality has been criticised, time and time again, in expert writing, including by a former President of the Court himself. It was recalled that "nowadays a very considerable part of international law" (e.g., law-making treaties) "directly affects individuals", and the effect of Article 34 (1) of the ICJ Statute has been "to insulate" the Court "from this great body of modern international law". The ICJ remains

> "trapped by Article 34 (1) in the notions about international law structure of the 1920s. (. . .) [I]t is a matter for concern and for further thought, whether it is healthy for the World Court still to be, like the international law of the 1920s, on an entirely different plane from that of municipal courts and other tribunals."[67]

81. To the same effect, S. Rosenne expressed the view, already in 1967, that there was "nothing inherent in the character of the International Court itself to justify the complete exclusion of the individual from appearing before the Court in judicial proceedings of direct concern to him"[68]. The current practice of exclusion of the *locus standi in judicio* of the indi-

[67] R. Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 *American Journal of International Law* (1995), p. 504.

[68] S. Rosenne, "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", in *International Arbitration* — Liber Amicorum *for M. Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967, p. 249, and cf. p. 242.

sivement aux relations mutuelles des Etats en litige. En outre, on se souviendra que, en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2000), la Cour était préoccupée par les graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire et, dans celle de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (1996), par les victimes des affrontements armés. Parmi les instances plus récentes où les préoccupations de la Cour ont été portées au-delà de la dimension interétatique des litiges portés devant elle figurent: l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (2009), sur le principe de la compétence universelle en vertu de la convention des Nations Unies contre la torture; l'avis consultatif sur la *conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2010); l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (2010), sur la détention et l'expulsion d'un ressortissant étranger; celle des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle, 2010); celle relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (2011); et celle du *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* (2011).

80. La nature même de plusieurs affaires dont la Cour a eu à connaître révèle le caractère artificiel de la conception exclusivement interétatique des procédures se déroulant devant elle. Ce caractère artificiel a été maintes fois critiqué par des juristes, y compris par un ancien président de la Cour, qui a rappelé que, «de nos jours, une part non négligeable du droit international» (c'est-à-dire les traités normatifs) «touche directement les individus», et le paragraphe 1 de l'article 34 du Statut a eu pour effet «d'isoler» la Cour «de ce grand corpus de droit international moderne». La Cour demeure

> «prisonnière, en vertu des dispositions du paragraphe 1 de l'article 34, des conceptions relatives à la structure du droit international qui prévalaient dans les années 1920... La question de savoir s'il est souhaitable que la Cour mondiale continue à se placer, sur le modèle des années 1920, sur un plan totalement différent de celui des tribunaux nationaux et autres instances mérite mûre réflexion.»[67]

81. Dans le même esprit, S. Rosenne a fait valoir, dès 1967, que «rien dans la nature intrinsèque de la Cour internationale de Justice ne justifie que l'individu soit totalement exclu des procédures se déroulant devant celle-ci et dont l'issue le concerne au premier chef»[68]. La pratique qui consiste à priver les intéressés du *locus standi in judicio* dans les affaires

[67] R. Y. Jennings, «The International Court of Justice after Fifty Years», *American Journal of International Law*, vol. 89 (1995), p. 504.

[68] S. Rosenne, «Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice», *International Arbitration — Liber Amicorum for M. Domke* (dir. publ., P. Sanders), La Haye, Nijhoff, 1967, p. 249; voir aussi p. 242.

viduals concerned from the proceedings before the ICJ — he added — in addition to being artificial, could also produce "incongruous results". It was thus highly desirable that that scheme be reconsidered, in order to grant *locus standi* to individuals in proceedings before the ICJ, as

> "it is in the interests of the proper administration of international justice that in appropriate cases the International Court of Justice should take advantage of all the powers which it already possesses, and permit an individual directly concerned to present himself before the Court, (. . .) and give his own version of the facts and his own construction of the law"[69].

XII. The Early Acknowledgment of the Inequality of the Parties in the Procedure of Review of Judgments of Administrative Tribunals

82. The fact that a procedure such as the one followed in the *cas d'espèce* (review procedure) subsists unchanged to date, despite all the insufficiencies it revealed in the course of past decades, and all the criticisms raised by some of my predecessors as Members of this Court as well as by expert writers, shows indeed the force of inertia and of mental lethargy in its maintenance to date. The present review procedure has persisted so far, making abstraction of — or even indifferent to — the remarkable advances achieved, in the international adjudication by other tribunals, throughout the last decades, in respect of the *equality of the parties* in the international legal process.

83. Yet, the question was the object of attention, early in the life of the ICJ, shortly after the Court delivered its Advisory Opinion of 1954 (cf. *supra*), particularly when the UN General Assembly considered, in 1955, the Report of its Special Committee on Review of Administrative Tribunal Judgments[70]. In the debates that followed, during the Tenth Session of the General Assembly, the participating delegations dwelt upon a series of issues, amongst which was the problem of the lack of *locus standi in judicio* of individuals in the review procedure before the ICJ. The view was expressed that the review procedure should not be used "in a manner that would take undue advantage of a staff member or other interested party"[71].

84. In the course of the debates, the "serious practical difficulties" in the review procedure before the ICJ were acknowledged; the only possi-

---

[69] *Op. cit. supra* note 68, p. 250, and cf. p. 243.

[70] Cf. UN/General Assembly, Report of the Special Committee on Review of Administrative Tribunal Judgments, UN doc. A/2909, of 10 June 1955, pp. 1-46.

[71] *Ibid.*, p. 11, para. 74.

portées devant la Cour, a-t-il ajouté, outre qu'on pouvait lui reprocher son caractère artificiel, peut également aboutir à «des absurdités». Il était donc plus que souhaitable que cette conception soit réexaminée, afin d'accorder aux individus le *locus standi* dans les procédures se déroulant devant la Cour, dans la mesure où

> «il y va de l'intérêt même de la bonne administration de la justice internationale que, dans les cas appropriés, la Cour internationale de Justice tire parti de tous les pouvoirs dont elle est déjà investie et autorise un individu directement concerné à se présenter devant elle ... afin de donner sa version des faits et son interprétation du droit»[69].

XII. La reconnaissance, dès la première heure, de l'inégalité des parties dans la procédure de réformation des jugements rendus par les tribunaux administratifs

82. La longévité d'une procédure telle que celle suivie dans le cas d'espèce (procédure de réformation), qui est demeurée inchangée pendant des décennies en dépit de toutes ses insuffisances et de toutes les critiques qu'elle a suscitées de la part de mes prédécesseurs à la Cour et d'éminents juristes, montre bien la force d'inertie et la léthargie mentale qui règnent en ce domaine. Cette procédure de réformation a perduré jusqu'à ce jour, sans que soit le moins du monde prise en compte ou même jugée digne d'intérêt l'évolution remarquable, au cours des dernières décennies, du principe de l'*égalité des parties* dans les procédures se déroulant devant les autres organes juridictionnels internationaux.

83. Et pourtant, la question a très tôt retenu l'attention de la Cour, peu après que celle-ci eut donné son avis consultatif de 1954 (voir *supra*), en particulier lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies a examiné, en 1955, le rapport du comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif[70]. Au cours des débats qui ont suivi, lors de la dixième session de l'Assemblée générale, les délégations participantes se sont penchées sur une série de questions, dont le problème de l'absence de *locus standi in judicio* des personnes privées dans le cadre de la procédure de réformation devant la Cour internationale de Justice, d'aucuns faisant valoir que cette procédure ne devrait pas être utilisée «de manière à s'assurer un avantage indu sur un fonctionnaire ou une autre partie intéressée à l'affaire»[71].

84. Au cours des débats, il a été fait état des «graves difficultés d'ordre pratique» posées par la procédure de réformation devant la CIJ; la seule

---

[69] *Op. cit. supra* note 68, p. 250; voir aussi p. 243.

[70] Voir le rapport du comité spécial chargé d'étudier la question de la réformation des jugements du Tribunal administratif, Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/2909 du 10 juin 1955, p. 1-46.

[71] *Ibid.*, p. 11, par. 74.

bility of bypassing them, then contemplated, was that of the presentation of documents and written briefs by UN staff members, to be brought to the attention of the ICJ, but not (under Article 66 (2) of the Court's Statute) their representation at oral hearings before the Court[72]. There was thus, admittedly, a lack of equality between the parties[73], as UN staff members had "no *locus standi* before the Court"; the view was then expressed that "it would be inequitable to deny a party the right to appear before the reviewing body"[74].

85. On the occasion of that exercise of review at the Tenth Session of the United Nations General Assembly (1955), the then UN Secretary-General, Dag Hammarskjöld, pursuant to a suggestion of the Special Committee, presented to the General Assembly an insightful Memorandum entitled "Participation of Individuals in Proceedings before the International Court of Justice"[75]. He regarded of interest "to examine in some detail the question of [the] possible participation [of] individuals in proceedings before the International Court of Justice" (para. 7)[76]. To that end, Dag Hammarskjöld reviewed the work on this matter since the days of the 1920 Advisory Committee of Jurists, focused on

> "the question of the presentation by individuals of written and oral statements of an argumentative character in contentious cases and in advisory proceedings before the International Court of Justice and its predecessor the Permanent Court of International Justice" (para. 8)[77].

86. Despite the fact that the Advisory Committee at the end decided that "individuals should not be able to become parties" (para. 9), and that this position remained unchanged at the San Francisco Conference in 1945 (para. 25), the UN Secretary-General drew attention, in his Memorandum, to the actual participation by individuals (who submitted written statements) in advisory proceedings before the old PCIJ[78] (in the "advisory case" of the *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City* (*Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, p. 41) (hereinafter *Danzig Legislative Decrees*) and in the "advisory case" of the *Governing Commission of the Saar Territory*, 1939[79]) (paras. 15-24)[80].

---

[72] *Op. cit. supra* note 70, pp. 5-6, paras. 27 and 31.

[73] *Ibid.*, p. 6, para. 31.

[74] *Ibid.*, p. 5, para. 27.

[75] UN doc. A/AC.78/L.10, of 13 April 1955 (submitted to the Tenth Session of the General Assembly, 20 September-20 December 1955), *Official Records of the Tenth General Assembly — Plenary Meetings*, pp. 26-28.

[76] *Ibid.*, p. 26.

[77] *Ibid.*, p. 26.

[78] *Ibid.*, pp. 27-28.

[79] The proceedings of this latter were never carried through, and the PCIJ had no opportunity to pass on it, because of the disruption caused by the Second World War; *ibid.*, p. 28, paras. 22-23.

[80] *Ibid.*, pp. 27-28, paras. 15-24.

possibilité envisagée à l'époque pour les contourner était d'autoriser les fonctionnaires de l'ONU à présenter à la Cour des documents et exposés écrits, sans leur accorder le droit de se faire représenter au cours de la procédure orale (en vertu du paragraphe 2 de l'article 66 du Statut)[72]. Il existait donc, assurément, une inégalité entre les parties[73], dans la mesure où les fonctionnaires de l'ONU n'avaient pas de «*locus standi* devant la Cour»; il a en outre été fait observer «qu'il ne serait pas équitable de refuser à l'une des parties le droit de se présenter devant l'organe de recours»[74].

85. A l'occasion de cet exercice, le Secrétaire général d'alors, Dag Hammarskjöld, répondant à une demande du comité spécial, a présenté à la dixième session de l'Assemblée générale (1955) un mémoire riche en enseignements intitulé «Participation des individus à la procédure devant la Cour internationale de Justice»[75]. Il ne lui semblait pas inutile «d'examiner en détail la question d'une participation éventuelle des individus à la procédure devant la Cour internationale de Justice» (par. 7)[76]. A cette fin, Dag Hammarskjöld a passé en revue les travaux sur la question depuis 1920, époque à laquelle le comité consultatif de juristes s'était penché sur

> «la question de la présentation, par des individus, d'arguments écrits et oraux à la Cour internationale de Justice ou à la Cour permanente de Justice internationale siégeant en matière contentieuse ou consultative» (par. 8)[77].

86. Même si, en définitive, le comité consultatif a décidé que «les individus ne pourraient pas être parties à une instance devant la Cour» (par. 9) et que cette position est demeurée inchangée à la conférence de San Francisco en 1945 (par. 25), le Secrétaire général appelait l'attention, dans son mémoire, sur la participation effective d'individus (ayant présenté des exposés écrits) à des procédures consultatives devant la Cour permanente[78] (dans l'«affaire consultative» de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, avis consultatif, 1935, C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 41 (ci-après les *Décrets-lois dantzikois*) et dans celle des *Ex-fonctionnaires de la Commission de la Sarre*, 1939[79]) (par. 15-24)[80].

---

[72] *Op. cit. supra* note 70, p. 5-6, par. 27 et 31.

[73] *Ibid.*, p. 6, par. 31.

[74] *Ibid.*, p. 5, par. 27.

[75] Nations Unies, doc. A/AC.78/L.10 du 13 avril 1955 (soumis à la dixième session de l'Assemblée générale qui s'est tenue du 20 septembre au 20 décembre 1955), *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session: séances plénières*, p. 26.

[76] *Ibid.*, p. 28.

[77] *Ibid.*, p. 28.

[78] *Ibid.*, p. 29-30.

[79] En raison des bouleversements entraînés par la seconde guerre mondiale, l'affaire resta en suspens et la Cour permanente n'eut pas l'occasion de se prononcer; *ibid.*, p. 30, par. 22-23.

[80] *Ibid.*, p. 29-30, par. 15 à 24.

87. It is thus clear that, already in the mid-twentieth century, the aforementioned Memorandum of 1955 of the UN Secretary-General acknowledged that the challenge in the present context — in respect of the procedure of review of judgments of administrative tribunals — was to devise an *equitable procedure* in this emerging domain. The practice of the international administrative tribunals — of (formerly) the UN (the UNAT) and the ILO (the ILOAT) — led one into the domain of the internal or domestic law of international organizations[81], wherein the individual also marked its presence as a *subject* of rights.

88. May I just, in addition, single out the historical relevance, in my view, of the Advisory Opinion of the PCIJ on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig (1928, P.C.I.J., Series B, No. 15)* followed by its Advisory Opinion on *Danzig Legislative Decrees* of 4 December 1935 (cf., para. 86 *supra*). In the view of Poland, the Danzig-Polish Agreement of 22 October 1921 *(Beamtenabkommen)*, as an international agreement, created "rights and obligations for the contracting Parties only" (p. 17). The PCIJ, however, did not find that such Agreement could not create "direct rights and obligations" for individuals. In its understanding, the "very object" of the *Beamtenabkommen*, according to the ascertained intention of the contracting Parties, had been "the adoption by the Parties of some definite rules creating rights and obligations and enforceable by the national courts" (paras. 17-18).

89. In sum, the PCIJ held that a treaty (the 1921 Danzig-Polish Agreement) conferred rights directly upon the individuals concerned (railway employees). They could thus lodge personal pecuniary claims (e.g., salaries, and pensions), even though they had passed from the service of the Free City of Danzig into the jurisdiction of Poland. Thus, as early as in 1928 — two decades before the proclamation by the UN General Assembly of the Universal Declaration of Human Rights — the PCIJ had the courage and vision to determine, in its Advisory Opinion on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, that, in the circumstances of the matter brought into its cognizance, individuals can be subjects of rights and bearers of obligations emanating directly from international law, from an international treaty.

90. That finding by the PCIJ, recognizing standing to individuals, as early as in 1928, was to have repercussions in the following United Nations era. Thus, the new Court, the ICJ, in its Advisory Opinion of

[81] Cf. C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London/New York, Stevens/Oceana, 1962, pp. 43 and 48; M. B. Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations*, Cambridge University Press, 1967, pp. 3-10; S. Bastid, "Have the UN Administrative Tribunals Contributed to the Development of International Law?", *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin and O. Lissitzyn), N.Y., Columbia University Press, 1972, pp. 301-302, 307 and 309; A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations", 57 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (Sottile), Geneva (1979), pp. 86-87, 92, 96 and 108-109.

87. Il est donc clairement admis dès la seconde moitié du XX^e siècle, dans le mémoire du Secrétaire général de 1955, que toute la difficulté de la procédure de réformation des jugements des tribunaux administratifs tient à la nécessité d'instituer une *procédure équitable* dans ce domaine en devenir. La pratique des tribunaux administratifs internationaux — de l'ancien TANU et du TAOIT — nous a fait entrer dans le domaine du droit interne ou national des organisations internationales[81], dans lequel l'individu s'est aussi affirmé en tant que *sujet* titulaire de droits.

88. Je souhaiterais également souligner l'importance historique, à mon sens, de l'avis consultatif donné par la Cour permanente sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig (1928, C.P.J.I. série B n° 15)*, suivi par celui sur les *Décrets-lois dantzikois* du 4 décembre 1935 (voir par. 86 *supra*). Selon la Pologne, l'accord dantziko-polonais du 22 octobre 1921 (*Beamtenabkommen*), en tant qu'accord international, ne créait «de droits et d'obligations qu'entre les Parties contractantes» (p. 17). La Cour permanente n'a cependant pas conclu que cet accord ne pouvait pas créer «des droits et des obligations pour des particuliers». Selon l'interprétation de la Cour, «l'objet même» du *Beamtenabkommen*, dans l'intention des parties contractantes, avait été «l'adoption par les Parties de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux» (par. 17 et 18).

89. En résumé, la Cour permanente a conclu qu'un traité (l'accord dantziko-polonais de 1921) avait créé directement des droits pour les individus intéressés (les employés des chemins de fer). Ces derniers pouvaient donc présenter des réclamations individuelles de nature pécuniaire (concernant leurs salaires et leurs pensions, par exemple), même s'ils étaient passés du service de la Ville libre de Dantzig à celui de la Pologne. Ainsi, dès 1928, vingt ans avant que l'Assemblée générale des Nations Unies ne proclame la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Cour permanente eut suffisamment de courage et de discernement pour affirmer, dans son avis consultatif sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig*, que, dans les circonstances de l'espèce portée à sa connaissance, les individus pouvaient être titulaires de droits et d'obligations découlant directement du droit international et trouvant leur source dans un traité international.

90. Cette constatation de la Cour permanente qui, dès 1928, reconnaissait aux individus le droit d'ester en justice allait avoir des répercussions par la suite, après la création de l'Organisation des Nations Unies. C'est

[81] Voir C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, Londres/New York, Stevens/Oceana, 1962, p. 43 et 48; M. B. Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations*, Cambridge University Press, 1967, p. 3-10; S. Bastid, «Have the UN Administrative Tribunals Contributed to the Development of International Law?», *Transnational Law in a Changing Society — Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (dir. publ., W. Friedmann, L. Henkin et O. Lissitzyn), New York, Columbia University Press, 1972, p. 301-302, 307 et 309; A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organisations», *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (Sottile), Genève, vol. 57 (1979), p. 86-87, 92, 96 et 108-109.

1950 on the *International Status of South West Africa*, held that the inhabitants of the mandated territories had (even irrespective of a bilateral treaty) a right to petition the [former] UN Trusteeship Council, under Article 80 of the UN Charter[82]. From all the aforesaid, it is clear that, by the mid-twentieth century, the individuals' international legal standing, and the need to secure a *procès équitable* (also in the emerging law of international organizations) were already recognized.

XIII. The Imperative of Securing the Equality of the Parties in the International Legal Process, as a Component of the Right of Access to Justice *Lato Sensu*

91. The awareness of the need to secure a *procès équitable*, and the contribution of Secretary-General Dag Hammarskjöld to that end, should not be forgotten in our days. The fact that, ever since, the problem at issue has persisted unchanged to date, is, in my view, cause of concern. Worse still, in our days, the unsettled problem makes abstraction of the considerable contribution — in addition to the UN Human Rights Committee, quoted by this Court in the present Advisory Opinion — of international human rights tribunals operating for many years — the European (ECHR) and the Inter-American (IACtHR) Courts of Human Rights to the basic principle of equality of arms *(égalité des armes)* in international legal procedure.

92. Thus, the ECHR has constructed a vast case law on the right to a fair trial (Article 6 of the European Convention on Human Rights), wherein it has pointed out, in its consistent jurisprudence, that that right encompasses the respect for the principle of equality of arms *(égalité des armes)*, that is, the principle of the procedural equality between the contending parties (e.g., case *Delcourt* v. *Belgium*, 1970, para. 28; case *Monnel and Morris* v. *United Kingdom*, 1987, para. 62). In the case *Dombo Beheer* v. *Netherlands* (1993), the ECHR observed that the principle of equality of arms implies the reasonable opportunity to be afforded to the contending parties to present, each one, his case and evidence, without being in disadvantage vis-à-vis his opposing party (para. 33). This includes cross-examination of witnesses, as pointed out by the ECHR in the *Rowe and Davis* v. *United Kingdom* case (2000, paras. 62 and 65).

93. The ECHR has further stressed, in its consistent jurisprudence, the "principle of adversarial procedure", allowing each party "to have know-

[82] Cf. W. P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, p. 40, note 25; and, generally, J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, *op. cit. supra* note 49, pp. 48-136.

ainsi que la nouvelle Cour, la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, a conclu que les habitants des territoires sous mandat avaient le droit (même indépendamment de l'existence d'un traité bilatéral), en vertu de l'article 80 de la Charte des Nations Unies, d'adresser des pétitions au Conseil de tutelle (aujourd'hui aboli)[82]. Il ressort clairement de tout ce qui précède que, dès la seconde moitié du XX[e] siècle, la qualité des individus pour agir devant une juridiction internationale et la nécessité de leur garantir un procès équitable (y compris dans le droit des organisations internationales en formation) étaient déjà reconnues.

XIII. La nécessité impérieuse d'assurer l'égalité des parties devant les juridictions internationales, en tant que partie intégrante du droit d'accès à la justice *lato sensu*

91. La conscience de la nécessité de garantir un procès équitable et la contribution du Secrétaire général, Dag Hammarskjöld, à la réalisation de cet objectif ne doivent pas sombrer dans l'oubli aujourd'hui. Le fait que le problème demeure inchangé depuis tout ce temps devrait, selon moi, nous alarmer. Pire encore, de nos jours, ce dernier fait abstraction de l'immense contribution — outre celle du Comité des droits de l'homme cité par la Cour dans le présent avis consultatif — apportée depuis des années par les tribunaux internationaux spécialisés dans la défense des droits de l'homme (comme les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme) au principe fondamental de l'égalité des armes dans les procédures judiciaires internationales.

92. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «Cour européenne») a construit une vaste jurisprudence sur le droit à un procès équitable (article 6 de la convention européenne des droits de l'homme). Elle a souligné, dans sa jurisprudence constante, que ce droit englobe le respect du principe de l'égalité des armes, c'est-à-dire le principe de l'égalité dans la procédure des parties en litige (voir, par exemple, l'affaire *Delcourt c. Belgique* (1970, par. 28) et l'affaire *Monnel et Morris c. Royaume-Uni* (1987, par. 62)). Dans l'affaire *Dombo Beheer c. Pays-Bas* (1993), elle a fait observer que le principe de l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause — y compris ses preuves — dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (par. 33). Cela inclut le contre-interrogatoire des témoins, comme elle l'a indiqué en l'affaire *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* (2000, par. 62 et 65).

93. La Cour européenne a en outre souligné, dans sa jurisprudence constante, le «caractère contradictoire de la procédure», permettant à

[82] Voir W. P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, La Haye, Nijhoff, 1966, p. 40, note 25; et, de manière générale, J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, *op. cit. supra* note 59, p. 48-136.

ledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision" (cases *Mantovanelli* v. *France*, 1997, para. 31; *Lobo Machado* v. *Portugal*, 1996, para. 31; *Vermeulen* v. *Belgium*, 1996, para. 33; *Nideröst-Huber* v. *Switzerland*, 1997, para. 24)[83]. In the cases of *Borgers* v. *Belgium* (1991, para. 24) and of *Ekbatani* v. *Sweden* (1988, paras. 28-30 and 33), the ECHR characterized the principle of "equality of arms" *(égalité des armes)* as one of the elements of the wider notion of "fair trial" *(procès équitable)*.

94. In the case of *Ruiz-Mateos* v. *Spain* (1993), the ECHR observed that Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights encompasses the principle of "equality of arms" as well as the "fundamental right" to the *"caractère contradictoire de la procédure"*, which implies, for its part, *"la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre ainsi que de les discuter"* (para. 63). And, in the case *Hentrich* v. *France* (1994), the ECHR deemed it fit to ponder that

> "one of the requirements of a 'fair trial' is 'equality of arms', which implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent" (para. 56).

95. In fact, looking back in time, already in the late sixties it was rightly pointed out, in respect of the interrelatedness of the right to a fair trial and the principle of equality of arms, that

> "Article 6, paragraph 1, of the European Convention on Human Rights guarantees a fair trial, which provides for the principle of equality of arms (. . .) Fair trial and equality of arms demand the parties to a legal dispute to be able to obtain the decision of a court under the same conditions)."[84]

This understanding has been sustained, not surprisingly, in both the European and the inter-American systems of human rights protection.

96. In Latin America, for its part, the IACtHR has held, in the case of *Hilaire, Constantine and Benjamin and Others* v. *Trinidad and Tobago* (2002), that, in order to secure the right to a fair trial, proceedings ought to ensure "the entitlement to a right or the exercise thereof", and the ade-

---

[83] Cf. also, on the principle of equality of arms, ECHR, case *Yvon* v. *France*, 2003, paras. 29-37.

[84] W. P. Pahr, "Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtkonvention", in *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 231. [Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert ein fair trial, das dem Grundsatz der Waffengleichheit Rechnung trägt. (. . .) Fair trial und Waffengleichheit gebieten, dass die Parteien eines Rechtsstreites unter gleichen Voraussetzungen die Entscheidung eines Gerichtes erlangen können.]

chaque partie «de prendre connaissance et [de] discuter de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision» (affaires *Mantovanelli c. France* (1997, par. 31); *Lobo Machado c. Portugal* (1996, par. 31); *Vermeulen c. Belgique* (1996, par. 33); *Nideröst-Huber c. Suisse* (1997, par. 24))[83]. Dans les affaires *Borgers c. Belgique* (1991, par. 24) et *Ekbatani c. Suède* (1988, par. 28-30 et 33), elle a défini le principe de «l'égalité des armes» comme étant un élément de la notion plus large de «procès équitable».

94. En l'affaire *Ruiz-Mateos c. Espagne* (1993), la Cour européenne a fait observer que le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme englobait le principe de l'«égalité des armes» ainsi que le «droit fondamental» au «caractère contradictoire de l'instance», qui implique, pour une partie, «la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter» (par. 63). Et, en l'affaire *Hentrich c. France* (1994), elle a tenu à rappeler que

> «[l]'une des exigences d'un «procès équitable» est l'«égalité des armes», laquelle implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire» (par. 56).

95. En fait, si l'on remonte le fil du temps, il avait déjà été affirmé à la fin des années 1960, concernant la parenté entre le droit à un procès équitable et le principe de l'égalité des armes, que

> «[l]e paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme garantit un procès équitable, dans le respect du principe de l'égalité des armes... Il ne saurait y avoir de procès équitable et d'égalité des armes sans que les parties à un différend juridique soient en mesure d'obtenir une décision de justice dans les mêmes conditions.»[84]

Les systèmes européen et interaméricain de protection des droits de l'homme se sont prononcés dans le même sens, ce qui n'a rien de particulièrement surprenant.

96. En Amérique latine, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après la «Cour interaméricaine») a déclaré, en l'affaire *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (2002), que le respect du droit à un procès équitable supposait de garantir «l'existence de ce

[83] Voir aussi, sur le principe de l'égalité des armes, l'affaire *Yvon c. France*, CEDH, 2003, par. 29-37.

[84] W. P. Pahr, «Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtkonvention», dans *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 231. [Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert ein fair trial, das dem Grundsatz der Waffengleichheit Rechnung trägt. [...] Fair trial und Waffengleichheit gebieten, dass die Parteien eines Rechtsstreites unter gleichen Voraussetzungen die Entscheidung eines Gerichtes erlangen können.]

quate protection of those, whose rights are pending of judicial consideration (para. 147). In the case *Loayza Tamayo* v. *Peru* (1997), the IACtHR warned that a judicial process wherein a party is not able to contradict the evidence produced against her does not meet the standards of a fair trial *(juicio justo)* (para. 62). In the case of *Juan Humberto Sánchez* v. *Honduras* (2003), the IACtHR again held that the right to a fair trial (Article 8 of the American Convention on Human Rights) implies the observance of all requirements to secure the "adequate defense" of all those, whose rights and obligations are under "judicial consideration" (para. 124).

97. The IACtHR has stressed that the due process of law is "intimately linked to the right of access to justice" (cases *Cantoral Benavides* v. *Peru*, 2000, para. 112, and *Castillo Petruzzi and Others* v. *Peru*, 1999, para. 128). The IACtHR has further warned that a party (the respondent State) cannot rest on, or take advantage of, the difficulties or impossibility of the other party (the individual complainant) to produce evidence which not seldom cannot be obtained without its procedural co-operation (case *Maritza Urrutia* v. *Guatemala*, 2003, para. 128).

98. And, in its advisory opinion No. 16, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), the IACtHR pondered that

> "(. . .) for the 'due process of law' to exist, it is necessary that a *justiciable* be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other *justiciables*. In effect, it is proper to recall that the judicial process is a means to secure, insofar as possible, an equitable solution of a difference." (Para. 117.)
>
> "(. . .) para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia."

99. It is firmly established, in contemporary international procedural law, that contending parties are to be afforded the same opportunity to present their case and to take cognizance of, and to comment upon, the arguments advanced and the evidence adduced by each other, in the course of the proceedings. This has been carefully observed and applied by international human rights tribunals, such as the European[85] and the Inter-American[86] Courts of Human Rights, in their well-sedimented case law on the matter at

[85] For doctrinal considerations, cf., e.g., P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn and L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 580-589.

[86] For doctrinal considerations, cf., e.g., A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, pp. 101-105 and 133-138.

droit ou la capacité de l'exercer» et d'assurer la protection de ceux dont les droits étaient en instance d'examen par une autorité judiciaire (par. 147). En l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou* (1997), elle a appelé l'attention sur le fait qu'une procédure judiciaire ne respectait pas le droit à un procès équitable *(juicio justo)* lorsqu'une partie n'était pas en mesure de contredire les éléments de preuve présentés contre elle (par. 62). En l'affaire *Juan Humberto Sánchez c. Honduras* (2003), elle a, une nouvelle fois, rappelé que le droit à un procès équitable (article 8 de la convention américaine des droits de l'homme) impliquait de veiller à ce que toutes les garanties soient réunies pour assurer une «défense adéquate» à tous ceux dont les droits et obligations étaient examinés par une autorité judiciaire (par. 124).

97. La Cour interaméricaine a souligné que la procédure régulière était «intimement liée au droit d'accès à la justice» (affaires *Cantoral Benavides c. Pérou* (2000, par. 112) et *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou* (1999, par. 128)). Elle a en outre appelé l'attention sur le fait qu'une partie (le défendeur) ne pouvait compter sur la difficulté ou l'impossibilité pour l'autre partie (le plaignant individuel) de produire des éléments de preuve — ni en tirer avantage —, éléments qui, trop souvent, n'avaient aucune chance d'être obtenus sans sa coopération (affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala* (2003, par. 128)).

98. Et, dans son avis consultatif n° 16 sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999), la Cour interaméricaine a rappelé que

> «une «procédure régulière» exige que le *justiciable* puisse faire valoir ses droits et défendre ses intérêts de manière effective et sur un pied d'égalité avec d'autres *justiciables*. En effet, il convient de rappeler qu'une procédure judiciaire est un moyen de parvenir, dans toute la mesure possible, à une solution juste d'un différend.» (Par. 117.)
> «(. . .) para que exista «debido proceso legal» es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia.»

99. Il est solidement établi en droit international procédural contemporain que les parties en litige doivent se voir offrir les mêmes possibilités de faire valoir leur cause et de prendre connaissance des moyens et arguments avancés par la partie adverse et de les commenter. Les juridictions internationales de défense des droits de l'homme, comme la Cour européenne[85] et la Cour interaméricaine[86], ont scrupuleusement observé et appliqué ce principe dans leur jurisprudence constante sur la question. De la même

[85] Pour des considérations doctrinales, voir par exemple P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn et L. Zwaak (dir. publ.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4e éd., Anvers/Oxford, Intersentia, 2006, p. 580-589.

[86] Pour des considérations doctrinales, voir par exemple A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2011, p. 101-105 et 133-138.

issue. Likewise, the *principe du contradictoire* has marked its presence in the most distinct contemporary international jurisdictions[87].

100. Notwithstanding the advances achieved in international procedural law, it is clear that the review procedure, considered by this Court in the present Advisory Opinion, does not abide by the principle of equality of arms, nor does it meet the aforementioned standards. That review procedure has not accompanied the considerable advances experienced in international legal procedures throughout the last decades. It fails to do justice to the original complainants[88], who have — so anachronistically — to rely upon the opposing party to submit his or her arguments to the consideration of this Court. It regrettably has not at all accompanied the advances of international justice in our times. It is high time that it does, perhaps — and hopefully — as from the present Advisory Opinion of this Court on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*.

XIV. The Need to Secure the *Locus Standi in Judicio* and the *Jus Standi* to Individuals before International Tribunals, Including the ICJ

101. In order to secure the equality of the parties in the international legal process, as a component — as already indicated — of the right of access to justice *lato sensu (supra)*, there is need to provide for the *jus standi* and the *locus standi in judicio* before this Court, among other international tribunals. Unfortunately, neither of them is granted to individuals before the ICJ, not even in review procedures such as the present one. There are thus, in fact, two regrettable and longstanding *sources of procedural inequality* before this Court in review procedures such as the one in the *cas d'espèce*. First, the lack of *jus standi*, ensuing from Article XII (1) of the Annex to the ILOAT Statute, whereby only the Executive Board of the international organization concerned (the employer) can lodge a request for an advisory opinion with the ICJ. The original individual complainant, the staff member of the organization (the employee), cannot do so; he or she is deprived of any *jus standi* to do so.

102. Secondly, and in addition, the lack of *locus standi in judicio*, ensuing from the ICJ Statute itself, renders unfeasible the participation of individu-

[87] For a survey, cf., e.g., [Various Authors], *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales* (Journée d'études de Paris de 2003, eds. H. Ruiz Fabri and J.-M. Sorel), Paris, Pedone, 2004, pp. 1-195.

[88] It is thus not surprising to find the suggestion that, the creation of a new appellate instance, or a regular appellate court, would appear more appropriate and satisfactory than to maintain the existing review procedure; cf., e.g., R. Ostrihansky, "Advisory Opinions of the International Court of Justice as Reviews of Judgments of International Administrative Tribunals", 17 *Polish Yearbook of International Law* (1988), pp. 117 and 120.

manière, le principe du contradictoire a marqué de son empreinte les juridictions internationales contemporaines les plus diverses[87].

100. Nonobstant les avancées du droit international procédural, il est évident que la procédure de réformation examinée par la Cour dans le cadre du présent avis consultatif ne respecte pas le principe de l'égalité des armes, ni les règles précitées. Restée à la traîne de l'évolution des procédures internationales au cours des dernières décennies, cette procédure manque de rendre justice au plaignant initial[88], qui n'a d'autre choix que de s'en remettre, de manière tout à fait anachronique, à la partie adverse pour présenter ses arguments à la Cour. Cette procédure n'a malheureusement pas tenu compte des avancées de la justice internationale. Il est grand temps qu'elle le fasse, et pourquoi pas, il faut l'espérer, à compter du présent avis consultatif donné par la Cour sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*.

XIV. La nécessité de garantir aux individus le *locus standi in judicio* et le *jus standi* devant les juridictions internationales, y compris la CIJ

101. Afin d'assurer l'égalité des parties devant les juridictions internationales, en tant que partie intégrante — comme indiqué ci-dessus — du droit d'accès à la justice *lato sensu*, il importe de garantir le *jus standi* et le *locus standi in judicio* devant les juridictions internationales, dont la Cour. Malheureusement, les particuliers ne se voient reconnaître ni l'un ni l'autre devant celle-ci, pas même dans le cadre des procédures de réformation comme celle de la présente espèce. Il existe donc, en réalité, deux sources d'inégalité, très anciennes et fort regrettables, dans la procédure se déroulant devant la Cour dans le cadre des demandes de réformation. En premier lieu, l'absence de *jus standi*, découlant du paragraphe 1 de l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT, en vertu duquel le conseil d'administration de l'organisation internationale concernée (l'employeur) peut adresser une demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice, alors que le plaignant initial, le fonctionnaire de l'organisation (l'employé), privé de tout *jus standi*, n'a pas cette faculté.

102. En second lieu, l'absence de *locus standi in judicio*, découlant du statut de la Cour, qui prive les individus de la possibilité de participer aux procédures

[87] Pour un inventaire plus détaillé, voir par exemple *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales* (Journée d'études de Paris de 2003, dir. publ., H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel), Paris, Pedone, 2004, p. 1-195.

[88] Il n'y a donc rien de surprenant à ce que d'aucuns suggèrent de créer une nouvelle voie de recours ou une cour d'appel permanente, qui serait une solution plus appropriée et plus satisfaisante que le maintien de la procédure de réformation actuellement en vigueur; voir, par exemple, R. Ostrihansky, «Advisory Opinions of the International Court of Justice as Reviews of Judgments of International Administrative Tribunals», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 17 (1988), p. 117 et 120.

als in the procedures before the Court, even in a hybrid procedure such as the review one (advisory procedures disguising a contentious case of international administrative law), wherein the most interested "party", who claims the violation of a right (the employee), has to rely on the opposing party (the employer), to present his or her submissions to the consideration of the Court. The procedural inequality to the detriment of the employee thus covers the lack of *jus standi* as well as *locus standi in judicio*.

103. The perfectly avoidable position results from an outdated dogma, imposed upon this Court since its historical origins, whereby individuals cannot appear before the Court itself because they are not subjects of international law. Only the international organization concerned (the employer) has *jus standi* and *locus standi in judicio* before the ICJ, the individual (the employee) depends on the decision (as to resorting to this Court) of the employer, and, if the matter is submitted to the Court, he or she cannot appear before it. This is certainly a double procedural inequality before the World Court.

104. For decades the ICJ has been considering an alternative of resorting to a procedural *acrobatie* in order to bypass or circumvent this situation, so detrimental to the individual as the subject of international law. The alternative it has considered is not to give the requested Advisory Opinion: this is not a solution, as the Court is bound to clarify — as it does in the present Advisory Opinion — the subject brought before it, in the exercise of its functions. The procedural *acrobatie* is not to hold oral hearings: this is not a solution either, as the Court thereby ends up depriving itself to instruct better the *dossier* of the case, by imposing such limit to the freedom of expression of the "parties" concerned.

105. In so far as the review procedure is concerned, the solution adopted by the Statute of the PCIJ, which has been affirmed by the ICJ Statute, appears even more problematic, since — as already indicated (cf. *supra*) — as early as in the first half of the twentieth century there were already experiments of international law which had granted a procedural capacity to individuals. Such evolution was triggered in the era of the United Nations, with the adoption of a system of individual petition under the auspices of some human rights treaties of universal character[89]. This procedural capacity of the individual has a direct incidence on the individual's access to justice at international level[90].

106. It is thus necessary, still in our days, to have a thorough understanding of the nature and scope of the individual right to petition under

[89] A. A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *RCADI* (1987), pp. 21-412.

[90] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, *op. cit. supra* note 35, pp. 50-124 and 179-212.

se déroulant devant la Cour, même dans une procédure hybride comme celle de la réformation de jugement (dans la mesure où derrière la procédure consultative se cache une affaire contentieuse de droit international administratif), dans laquelle la «partie» directement touchée, dont les droits auraient été violés (l'employé), doit s'en remettre à la partie adverse (l'employeur) pour présenter ses arguments à la Cour. L'inégalité dans la procédure au détriment du fonctionnaire provient de l'absence de *jus standi* et de *locus standi in judicio*.

103. Cette situation, loin d'être incontournable, est l'héritage d'un dogme obsolète, imposé à la Cour depuis ses origines, qui empêche les personnes privées, parce qu'elles ne sont toujours pas considérées comme des sujets de droit international, d'ester devant celle-ci. Seule l'organisation internationale concernée (l'employeur) jouit du *jus standi* et du *locus standi in judicio* devant la Cour internationale de Justice, la personne physique (l'employé) dépendant de la décision de l'employeur (de saisir la Cour) et n'ayant pas la faculté, si la Cour est effectivement saisie, de se présenter devant elle. C'est là assurément une double inégalité dans la procédure devant la Cour internationale.

104. Cela fait des dizaines d'années que la Cour cherche une solution autre que l'acrobatie procédurale qui lui permet de contourner ou d'esquiver la difficulté face à une situation entièrement défavorable à l'individu en tant que sujet de droit international. La première solution qu'elle a envisagée était de s'abstenir de donner suite à la demande d'avis consultatif: ce n'est pas une bonne solution, car la Cour est censée faire la lumière — comme elle le fait dans le présent avis consultatif — sur la question qui lui est adressée, dans l'exercice de ses fonctions. L'acrobatie procédurale évoquée plus haut consiste à ne pas tenir d'audiences: ce n'est pas une bonne solution non plus car, en définitive, en restreignant la liberté d'expression des «parties» concernées, la Cour se prive de la possibilité de mieux instruire le dossier de l'affaire.

105. S'agissant de la procédure de réformation, la solution adoptée dans le Statut de la Cour permanente et reprise dans le statut de la Cour internationale de Justice semble encore plus problématique puisque — comme indiqué plus haut — des voies ont été explorées en droit international, dès la première moitié du XX^{e} siècle, qui accordaient aux particuliers le droit d'engager une procédure. L'Organisation des Nations Unies a renforcé le processus en prévoyant un système de requêtes individuelles dans certains traités relatifs aux droits de l'homme à vocation universelle[89]. Cette faculté d'agir de l'individu a une incidence directe sur l'accès de celui-ci à la justice internationale[90].

106. Il est donc nécessaire, encore de nos jours, de bien comprendre la nature et la portée du droit de recours de l'individu prévu par les traités

[89] A. A. Cançado Trindade, «Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)», *RCADI*, vol. 202 (1987), p. 21-412.

[90] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, *op. cit. supra* note 35, p. 50-124 et 179-212.

the auspices of human rights treaties[91]. The experiments during the first half of the twentieth century paved the way to the development, within the United Nations and under the auspices of human rights treaties at the global and regional levels (in addition to extra-conventional mechanisms), of contemporary mechanisms of petitions or communications relating to violations of human rights. Thus, in this context, the individual recovered its presence for the vindication of his rights at international level.

107. The appreciation of the individual right of petition as a means of international implementation of human rights has to take into account the basic point of the *legitimatio ad causam* of the individual petitioners and the conditions of the use and admissibility of their petitions. The solutions given by human rights treaties and instruments to the question of the *jus standi* of the individual applicant seem to be related to the nature of the proceedings at issue. But differences in the nature of the respective proceedings have not hindered, nor stood in the way of, the development of a converging jurisprudence of distinct international human rights tribunals and supervisory organs striving to secure a more efficient protection of the alleged victims.

XV. Concluding Observations

108. Such reassuring development should be kept in mind, to reassess and overcome, once and for all, the pitfalls of the present review procedure. Its intrinsic and unjustified imbalance in the proceedings — as disclosed in the *cas d'espèce* — is a remnant of the past, revealing a lack of equality of arms. Expressions of discontent have, throughout many years, been uttered by some members of succeeding generations of judges of this Court. Given the unnecessary persistence of the problem, I feel obliged to take my own criticism even further, as for many years I have consistently attached the utmost importance to such matter (also in another international jurisdiction, wherein positive results have been achieved, that is, results *pro persona humana*)[92].

---

[91] At the historical beginning of the exercise of the right to individual petition, such right, even if motivated by the search for individual reparation, also contributed to secure the respect for the objective obligations that were binding upon States parties. Only subsequently the right *of* petition (and no longer the right *to* petition) came into being within international organizations. The distinction between *pétition plainte* (based on the violation of a private individual right and the search for reparation before the relevant authorities) and *pétition voeu* (concerning the general interests of a group and the search of public measures by the authorities) was developed.

[92] A. A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001), pp. 207-239; A. A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional", 28 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA* (2001), pp. 33-92.

relatifs aux droits de l'homme[91]. Les expériences tentées pendant la première moitié du XX[e] siècle ont posé les premiers jalons d'une pratique qui a permis la création, au sein de l'Organisation des Nations Unies et dans les traités internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme (outre les mécanismes extraconventionnels), de mécanismes contemporains de requêtes ou de communications pour les victimes de violations des droits de l'homme. C'est ainsi que l'individu s'est trouvé réinvesti du pouvoir de faire valoir ses droits devant la justice internationale.

107. Le droit de pétition individuelle en tant que moyen de veiller au respect des droits de l'homme à l'échelle internationale doit s'apprécier à l'aune de la *legitimatio ad causam* des pétitionnaires et du régime régissant l'utilisation et la recevabilité de leur pétition. Il semble que les réponses apportées par les traités et autres instruments relatifs aux droits de l'homme à la question du *jus standi* des personnes privées varient en fonction de la nature des procédures. Or ces différences n'ont pas empêché divers tribunaux et organes chargés de veiller à l'application des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme de développer une jurisprudence convergente, dictée par le souci d'offrir une protection plus efficace aux victimes présumées.

XV. Observations finales

108. C'est en ayant à l'esprit cette évolution rassurante qu'il nous faut reconsidérer les lacunes de la présente procédure de réformation et y remédier, une fois pour toutes. Le déséquilibre injustifié qui entache cette procédure, comme l'atteste la présente espèce, est un vestige du passé révélant l'absence d'égalité des armes. Parmi les juges qui se sont succédé à la Cour pendant des générations, plusieurs ont exprimé leur désaccord au fil des années. Face à la persistance de ce problème, qui n'a plus lieu d'être aujourd'hui, je me sens obligé de porter plus loin la critique, car j'attache la plus haute importance à cette question, et ce, depuis des années (à la Cour mais aussi dans une autre juridiction internationale, qui a fait évoluer la situation de manière positive, autrement dit qui a obtenu des résultats *pro persona humana*)[92].

[91] Lorsqu'il a historiquement commencé à être exercé, même s'il répondait à la volonté d'obtenir réparation à titre individuel, le droit de recours individuel a également contribué à garantir le respect des obligations objectives imposées aux Etats parties. Ce n'est que plus tard que le droit *de* pétition (et non plus le droit *de* recours) a été institué dans les organisations internationales. S'est alors développée la distinction entre la *pétition-plainte* (fondée sur la violation d'un droit privé individuel et la volonté d'obtenir réparation devant les autorités compétentes) et la *pétition-vœu* (relative aux intérêts généraux d'un groupe et à la volonté de voir adopter des mesures publiques par les autorités).

[92] A. A. Cançado Trindade, «Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne», *Revue québécoise de droit international*, vol. 14 (2001), p. 207-239; A. A. Cançado Trindade, «El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional», *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA*, vol. 28 (2001), p. 33-92.

109. This unnecessary problem, ensuing from outdated dogmatisms (identified in the present separate opinion), touches on other aspects which are very dear to me, namely: *(a)* the emergence and consolidation of individuals as subjects of international law; *(b)* the imperative of securing the procedural equality of the parties in the course of the proceedings (as a component of the right of access to justice *lato sensu*); and *(c)* the need to secure the *locus standi in judicio* and the *jus standi* to individuals before international tribunals, including the ICJ. Keeping this in mind, — and dogmatisms apart, — it can hardly be denied that there should have been a hearing, with the presence not only of the legal representative of the IFAD but also of Ms Ana Teresa Saez García.

110. This would have better instructed the *dossier*, and would have avoided the problems that occurred, which prompted two interventions of the Court's Registry, to secure the proper administration of justice (cf. para. 49, *supra*). This would, moreover, have been in conformity with the principle of equality of arms, and ultimately of the general principle of *la bonne administration de la justice*. This would, furthermore, have at last overcome a dogma entirely outdated, which no longer finds any justification to be followed in our days. In an epoch, such as ours, of the *rule of law at national and international levels*, it is high time to abide firmly by such general principles of law in any procedures and circumstances.

111. In the present Advisory Opinion the Court has fortunately, at the end, reached the right decision. But this is not the first time in this Court that I stress the need of holding a public hearing. In my long dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010 in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy)*, whereby the Court dismissed the counter-claim (which purported to link State immunities to the factual background of war reparations claims), I allowed myself to warn that:

> "In summarily discarding the Italian counter-claim as 'inadmissible as such', the Court should have at least instructed properly the *dossier* of the *cas d'espèce*, by holding, prior to the decision it has just taken, public hearings to obtain further clarifications from the contending Parties. The same treatment is to be rigorously dispensed to the original claim and the counter-claim as a requirement of the sound administration of justice *(la bonne administration de la justice)*. They are, both, autonomous, and should be treated on the same footing, with a strict observance of the *principe du contradictoire*. Only in this way the *procedural equality* of the parties (Applicant and Respondent, rendered Respondent and Applicant by the counter-claim) is secured. (. . .)
>
> The Order that the Court has just adopted has made abstraction of the configuration of the notion of "continuing situation" in inter-

109. Ce problème qui n'a plus lieu d'être, issu de dogmes obsolètes (que j'ai décrits dans la présente opinion individuelle), touche à d'autres questions qui me tiennent tout particulièrement à cœur: *a)* la reconnaissance de plus en plus clairement affirmée des individus en tant que sujets de droit international; *b)* la nécessité impérieuse d'assurer l'égalité des parties dans la procédure (en tant que partie intégrante du droit d'accès à la justice *lato sensu*); et *c)* la nécessité de garantir aux individus le *locus standi in judicio* et le *jus standi* devant les juridictions internationales, y compris la CIJ. En ayant à l'esprit tous ces éléments — et en se libérant des dogmes —, il est pour le moins difficile de nier qu'une procédure orale aurait dû être organisée, en présence non seulement du représentant légal du FIDA mais aussi de M^me^ Ana Teresa Saez García.

110. Cette procédure orale aurait permis une meilleure instruction du dossier et aurait évité certains problèmes, qui ont obligé le greffe de la Cour à intervenir à deux reprises pour garantir une bonne administration de la justice (voir par. 49 *supra*). L'égalité des armes aurait ainsi été respectée, de même que, *in fine*, le principe général de la bonne administration de la justice. Cela aurait en outre sonné le glas d'un dogme devenu totalement caduc, qui ne trouve plus aucune justification aujourd'hui. A une époque comme la nôtre, où règne la primauté du droit aux niveaux national et international, il est grand temps que ces principes généraux du droit soient scrupuleusement respectés en toutes circonstances et quelle que soit la procédure.

111. En l'espèce, la Cour est finalement parvenue à la bonne décision, ce dont je me félicite. Ce n'est pas la première fois que je reviens à la charge sur la nécessité d'une audience publique depuis que je siège à la Cour. Dans ma longue opinion individuelle sur l'ordonnance du 6 juillet 2010 en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, par laquelle la Cour a rejeté la demande reconventionnelle de l'Italie (qui invoquait un lien entre les immunités de l'Etat et le contexte factuel des demandes d'indemnisation nées de la guerre), je me suis permis de lancer une mise en garde:

> «Lorsqu'elle a écarté sommairement la demande reconventionnelle italienne en la déclarant «irrecevable comme telle», la Cour aurait dû pour le moins instruire comme il convient le dossier de l'affaire en tenant, avant de statuer, des audiences publiques pour obtenir davantage de précisions des Parties. Une rigoureuse égalité de traitement doit être assurée entre la demande originaire et la demande reconventionnelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Les deux demandes sont autonomes et devraient être traitées sur un pied d'égalité, dans le strict respect du principe du contradictoire. Ce n'est que de cette manière que l'*égalité procédurale* des parties (demandeur et défendeur, dont les rôles s'inversent du fait de la demande reconventionnelle) peut être assurée...
>
> L'ordonnance que la Cour vient d'adopter fait abstraction de la consécration de la notion de «situation continue» dans la pensée

national legal thinking — in both international litigation and case law, and in international legal conceptualization at normative level. Furthermore, it has not addressed the position of the true bearers *(titulaires)* of the originally violated rights, oblivious of the pitfalls of State voluntarism. Its emphasis fell solely on waiver of claims, again oblivious of the incidence of *jus cogens*, rendering certain waivers of claims devoid of any juridical effects (. . .).

The Court has discarded the Italian counter-claim on the basis of succinct considerations in the two brief paragraphs 28 and 29, of the present Order. Paragraph 29 is a *petitio principii*, simply begging the question. The *ratio decidendi* lies in paragraph 28 of the Order (. . .).

This is, in fact, another *petitio principii* (. . .) The matter summarily disposed of, in the present Order, is not so clear and self-evident as the Court's majority seems to believe. On the basis of the considerations and reflections developed in the present dissenting opinion, I am led to conclude that the Court's majority position does not stand, and finds no basis, neither as to the facts nor as to the law, to rely upon. It is nothing but a *petitio principii*." (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 389-391, paras. 154 and 156-158.)

112. There are lessons that can be extracted from the experience with the present Advisory Opinion of this Court, which, at least, has had a happy end[93], unlike the Order of 6 July 2010 in the aforementioned case. The subject of a wider participation in advisory proceedings before this Court has, over the history of the Hague Court — both the PCIJ and the ICJ, — attracted attention from time to time. Much has been written on it, and we live now a historical moment in which I deem it fit to single it out for further reflection, as I have always attached considerable importance to the issue of access to international justice, of *all* subjects of international law.

113. The advisory jurisdiction of the ICJ seems to me to offer an adequate framework for the consideration of possible advances in this domain. The high significance of this topic is that it appears to go beyond a strictly inter-State outlook, in the line of recent developments in several domains of contemporary international law. This, in my view, cannot pass unnoticed, or unexplored, in a World Court such as ours. There have indeed been glimpses of enlightenment when our Court itself has taken cognizance of the issue.

114. The old PCIJ, for example — as I pointed out in this separate opinion — was attentive to it, in its advisory proceedings concerning the

[93] After all, one should not lose sight of the fact that international organizations operate day-to-day, due to a large extent to the invisible work of their staff members, human beings of body and soul, and not simply "human resources", as their post-modern administrations tend to label them.

internationaliste, tant dans le contentieux et dans la jurisprudence internationaux que comme concept de droit international au niveau normatif. De surcroît, elle n'a pas examiné la situation des véritables titulaires des droits initialement violés, oubliant les écueils du volontarisme étatique. Elle n'a placé l'accent que sur la renonciation aux revendications, négligeant également l'incidence du *jus cogens* en vertu duquel certaines renonciations à des revendications sont dépourvues de tout effet juridique...

La Cour a écarté la demande reconventionnelle de l'Italie sur la base d'une motivation succincte contenue dans deux brefs paragraphes de la présente ordonnance, les paragraphes 28 et 29. Le second de ces textes représente tout simplement une pétition de principe. La *ratio decidendi* figure au paragraphe 28 de l'ordonnance...

Il s'agit là, en réalité, d'une nouvelle pétition de principe... Or la question tranchée sommairement en vertu de la présente ordonnance n'est pas si claire et évidente que la majorité de la Cour semble le penser. Sur la base des considérations et des réflexions exposées dans la présente opinion dissidente, je suis amené à conclure que la position de la majorité de la Cour n'est pas tenable et ne trouve de fondement ni en fait ni en droit. Elle ne constitue qu'une pétition de principe.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 389-391, par. 154 et 156-158.)

112. L'expérience acquise à travers le présent avis consultatif, qui aura au moins connu une conclusion heureuse[93] contrairement à l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010 en l'affaire susvisée, peut être une source riche d'enseignements. La question de l'élargissement de la participation aux procédures consultatives refait régulièrement surface depuis la création de la Cour de La Haye, tant de la CIJ que de sa devancière. Le sujet a fait couler beaucoup d'encre et nous vivons aujourd'hui un moment historique, qu'il nous appartient selon moi de saisir pour approfondir notre réflexion en la matière, car j'ai toujours attaché la plus haute importance à la question de l'accès à la justice internationale de *tous* les sujets du droit international.

113. La fonction consultative de la Cour me paraît offrir le cadre voulu pour envisager d'éventuelles avancées dans ce domaine. Si cette question revêt une telle importance, c'est parce qu'elle semble aller au-delà d'une perspective purement interétatique, faisant ainsi écho aux évolutions qu'ont récemment connues divers domaines du droit international contemporain. Cet aspect ne saurait rester méconnu, ni inexploré, par une juridiction internationale comme la nôtre. Des avis éclairés ont d'ailleurs été exprimés lorsque notre Cour a commencé à s'intéresser à la question.

114. Sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, par exemple, comme je l'ai signalé dans la présente opinion, y a prêté atten-

[93] Après tout, il ne faut pas oublier que les organisations internationales accomplissent leur tâche jour après jour, en grande partie grâce au travail invisible de leurs fonctionnaires, des êtres humains faits de chair et de sang, difficilement réductibles à de simples «ressources humaines» selon le jargon administratif postmoderne.

Free City of Danzig, in the late twenties and early thirties of last century. Forty years later, in the advisory proceedings on *Namibia* — which led to the adoption of its *célèbre* Advisory Opinion of 21 June 1971 (*I.C.J. Reports 1971*, p. 16) — the ICJ considered the possibility of receiving *amicus curiae* briefs (including from individuals), but preferred not to innovate. Yet, well before this, the PCIJ had taken innovative steps and indeed shaped its advisory proceedings largely through practice itself.

115. It appears to me that we ought to be attentive to the densely changing world wherein we live, and the adjustments it appears to require from our *interna corporis* and our practice[94]. To count on the public participation of all subjects of international law — including individuals — is to be faithful to the thinking of the "founding fathers" of our discipline, as indicated in the present separate opinion. As I also deemed it fit to recall herein, many of the matters — including contentious cases — brought into the cognizance of this Court have pertained ultimately to the concrete situations in which the individuals concerned found themselves (paras. 78-79).

116. In the light of such cases at least, one can surely argue that the participation of the individuals concerned in legal proceedings contributes to a better instruction of the process, by giving the Court the opportunity to have a better knowledge of the parties' perception of the facts and their arguments as to the law. Furthermore, it preserves the *principe du contradictoire*, essential in the search for truth and the realization of justice, guaranteeing the equality of arms in the whole procedure before the Court, essential to *la bonne administration de la justice*.

117. This is logical, since, to the international legal personality of the parties ought to correspond their full juridical capacity to vindicate their rights before the Court. In addition, their public participation in the proceedings before the Court recognizes the right of free expression of the contending parties themselves, in affording them the opportunity to act as true subjects of law. This provides those who feel victimized and are in search of justice a form of reparation, in directly contributing — with their participation — to the patient reconstitution and determination of the facts by the Court itself.

---

[94] Thus, in the advisory proceedings on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Palestine was among those which appeared in public sittings before the Court (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pp. 141 and 143, paras. 4 and 12). And subsequently, in the advisory proceedings on the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, before the Court pronounced on the matter (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 403) Kosovo participated in the public sittings (of 1-11 December 2009) before the Court.

tion lorsqu'elle a répondu aux demandes d'avis consultatif sur la *Ville libre de Dantzig* à la fin des années 1920 et au début des années 1930. Quelque quarante ans plus tard, dans le cadre de la procédure consultative sur la *Namibie* — qui a conduit à l'adoption du célèbre avis consultatif du 21 juin 1971 (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 16) —, la CIJ a envisagé la possibilité de se voir communiquer des exposés d'*amicus curiae* (y compris de personnes privées), mais a finalement préféré ne pas innover. Et pourtant, bien des années plus tôt, la Cour permanente avait pris des mesures novatrices, forgeant sa fonction consultative en grande partie à partir de la pratique elle-même.

115. Il me semble que nous devrions prêter attention aux profondes mutations que connaît le monde qui nous entoure et procéder aux ajustements nécessaires dans nos *interna corporis* et notre pratique[94]. Compter sur la participation publique de tous les sujets de droit international — y compris les personnes privées —, c'est être fidèle à la pensée des «pères fondateurs» de notre discipline, comme je l'ai indiqué plus haut. Et, comme j'ai également tenu à le rappeler, bon nombre des questions portées à la connaissance de la Cour — y compris en matière contentieuse — ont trait *in fine* à des situations concrètes qui touchent directement les individus concernés (par. 78-79).

116. A la lumière de ces affaires, en tout cas, il ne semble pas douteux que la participation des intéressés eux-mêmes à la procédure judiciaire contribue à mieux instruire le dossier en donnant à la Cour la possibilité d'en apprendre davantage sur la manière dont chaque partie perçoit les faits et développe ses arguments juridiques. En outre, cette participation préserve le principe du contradictoire, essentiel à la quête de la vérité et à la réalisation de la justice, en garantissant l'égalité des armes, indispensable à la bonne administration de la justice, tout au long de la procédure devant la Cour.

117. Et c'est là une évolution logique, puisque à la personnalité juridique internationale des parties doit correspondre leur pleine capacité juridique de faire valoir leurs droits devant la Cour. En outre, leur participation publique à la procédure devant celle-ci emportera reconnaissance du droit à la liberté d'expression des parties en litige elles-mêmes, en leur conférant la faculté d'agir en véritables sujets de droit. Les personnes qui se sentent victimes et veulent que justice leur soit rendue trouveront une forme de réparation dans la contribution directe qu'elles apporteront — par leur participation — à la patiente reconstitution et détermination des faits par la Cour elle-même.

---

[94] C'est ainsi que, dans le cadre de la procédure consultative sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Palestine a participé aux audiences publiques qui se sont tenues devant la Cour (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 141 et 143, par. 4 et 12). Quelques années plus tard, dans le cadre de la procédure consultative sur la question de la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, le Kosovo a participé aux audiences publiques qui se sont tenues du 1er au 11 décembre 2009 devant la Cour, avant que celle-ci rende public son avis consultatif sur la question (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 403).

118. All these considerations render the subject-matter at issue — which in my perception has assumed a central position in the proceedings which led to the present Advisory Opinion — in my view a suitable one for further careful consideration from now onwards. Legal instruments, whichever their hierarchy, are a product of their time, and I am sure that we all agree as to the need to work for the realization of justice at the level of the challenges of our time, so as to respond properly to them. And as this Court is to perform its functions at the height of the challenges of our times, as the International Court *of Justice*, it is bound at last to acknowledge that individuals are subjects of international law, of the *jus gentium* of our times.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

118. Au vu de toutes ces considérations, la question en cause ici — qui, selon moi, occupe une place centrale dans la procédure ayant conduit au présent avis consultatif — appelle un nouveau débat plus approfondi. Les instruments juridiques, quelle que soit leur place dans la hiérarchie des normes, sont le produit de leur temps. Nous sommes tous convaincus, j'en suis sûr, de la nécessité d'œuvrer en faveur de la réalisation de la justice en nous montrant, par les réponses que nous apportons, à la hauteur des défis de notre temps. Parce qu'il incombe à la Cour de s'acquitter de ses fonctions face aux plus grands défis de notre temps, il lui appartient, en sa qualité de Cour internationale *de Justice*, de reconnaître que les personnes privées sont des sujets de droit international, des sujets du droit des gens contemporain.

(Signé) Antônio Augusto CAN[illegible]DO TRINDADE.

DECLARATION OF JUDGE GREENWOOD

Agreement with Opinion and its reasoning — Ms Saez García unquestionably an official of IFAD at all relevant times — Propriety of Court giving an opinion — Unsatisfactory nature of procedure for recourse to the Court — Incompatibility with modern concepts of justice — Need for equality before the Court — Power of Court to order IFAD to pay some or all of Ms Saez García's costs.

1. I have voted for the Advisory Opinion and have no reservations about the answers given by the Court to the questions posed by IFAD. Far from the ILOAT having exceeded its jurisdiction, I do not see how it could have arrived at any decision other than that Ms Saez García was an official of IFAD and that the actions of which she complained were attributable to IFAD. I agree with the conclusion in the Advisory Opinion that the Global Mechanism does not have international legal personality and, in particular, lacks the power to conclude a contract of employment. However, even had I been persuaded that the Global Mechanism *could* have employed Ms Saez García, I have no doubt that it was IFAD which *did* in fact employ her. Since the successive offers of employment she received came from IFAD, expressly offered her an appointment with IFAD, stipulated that her appointment was to be on the terms specified in IFAD's personnel manual (in its successive versions) and was terminable by notice from or to IFAD, I find it more than a little surprising that IFAD has tried to argue that she was not its employee. Such an argument is plainly unsustainable. It also seems to me to be beyond serious argument that Ms Saez García's complaint concerned matters falling within the jurisdiction of ILOAT. I am therefore entirely in agreement with the answers which the Court has given to Questions I and IX and with the decision that there is no need for any further answer to Questions II to VIII.

2. I also agree that, in the circumstances of the present case, the Court was right to comply with the request for an advisory opinion but I have reached that conclusion with considerable reluctance and only because of the particular circumstances of the case. The Opinion highlights — rightly, in my view — the unsatisfactory nature of the provision for recourse to the Court laid down in Article XII of the Annex to the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization

DÉCLARATION DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

Accord avec l'avis consultatif et son raisonnement — Nul doute quant au statut de fonctionnaire du FIDA de Mme Saez García tout au long de la période considérée — Opportunité judiciaire de la décision prise par la Cour de donner suite à la demande d'avis — Caractère insatisfaisant de la procédure prévoyant la saisine de la Cour — Procédure incompatible avec les concepts modernes de la justice — Nécessité d'assurer l'égalité devant la Cour — Pouvoir de la Cour d'ordonner au FIDA de payer tout ou partie des dépens.

1. J'ai voté en faveur de l'avis consultatif et n'ai aucune réserve à formuler sur les réponses apportées par la Cour aux questions posées par le Fonds. Le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (TAOIT) n'a en rien outrepassé sa compétence, et je ne vois pas comment il aurait pu rendre une décision autre que celle consistant à déclarer que Mme Saez García était un fonctionnaire du FIDA et les décisions contestées, imputables à ce dernier. Je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle le Mécanisme mondial est dépourvu de la personnalité juridique internationale et, plus particulièrement, de la faculté de conclure un contrat d'engagement. Cela étant, quand bien même aurais-je été persuadé que le Mécanisme *avait le pouvoir* de recruter Mme Saez García, il ne fait aucun doute à mes yeux que, dans les faits, le *véritable* employeur de la requérante était le FIDA. En effet, sachant que les offres d'engagement successives reçues par Mme Saez García émanaient du Fonds, lui offraient expressément un engagement au Fonds, stipulaient que son contrat serait régi par les dispositions du manuel du personnel du Fonds (dans ses versions successives) et qu'il pourrait y être mis fin par voie de préavis adressé au Fonds ou notifié par lui, je trouve pour le moins surprenant que celui-ci ait tenté de soutenir que Mme Saez García n'était pas membre de son personnel. Cet argument est tout simplement indéfendable. Il me paraît en outre difficilement contestable que la plainte de Mme Saez García portait sur des questions relevant de la compétence du Tribunal. Je fais donc miennes les réponses de la Cour aux questions I et IX posées par le FIDA, et souscris pleinement à sa conclusion selon laquelle les questions II à VIII n'appellent pas d'autres réponses de sa part.

2. Je pense que, dans les circonstances de l'espèce, la Cour a effectivement eu raison de donner suite à la demande d'avis consultatif, mais je n'ai acquis cette conviction qu'après bien des hésitations, et seules les circonstances particulières de la présente espèce ont emporté ma décision. Dans le présent avis, la Cour met en lumière — à juste titre — le caractère insatisfaisant de la procédure prévoyant la saisine de la Cour, à l'article XII de l'annexe au statut du TAOIT (dont le texte est reproduit au

(reproduced in paragraph 1 of the Opinion). As the Court makes clear, the procedure created by that provision is open to serious criticisms in that it falls well short of modern standards on equality of the parties in legal proceedings.

3. The first criticism is systemic in nature. In contrast to the procedure which existed, until 1995, in respect of decisions of the United Nations Administrative Tribunal, there is a marked inequality of access to justice in that the employer, but not the employee, may challenge a decision of the Tribunal. While that inequality might have been acceptable fifty years ago (although for some judges it aroused concerns even then), I do not believe that it is acceptable today. This inequality is no technicality; it is a fundamental flaw in the system created by Article XII. I agree with what the Court says about this flaw in the system at paragraphs 33 to 48 of the Advisory Opinion. The Court should not be asked to participate in a procedure whose inequality is at odds with contemporary concepts of due process and the integrity of the judicial function. I agreed that the Court should give an Opinion in the present case only because I believed that the Court should not, without warning, withdraw its participation in a procedure for challenging Tribunal decisions which has been in place for many years and has therefore formed part of the assumptions made by all concerned — employees as well as employers — in proceedings before the Tribunal. However, the inequality of access which exists at present cannot be allowed to persist into the future. The need for reform of Article XII of the ILOAT Statute is urgent and it is very much to be hoped that a new procedure for challenging judgments of the Tribunal can be put in place within a short period of time.

4. The second criticism is somewhat different and concerns a potential inequality in the proceedings before the Court. There are, of course, no parties in the formal sense in advisory proceedings before the Court. Nevertheless, the type of advisory proceeding in which the Court is asked to engage under Article XII of the ILOAT Statute is of a quite different character from those proceedings which result from questions posed by the General Assembly, such as *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 136) and *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 403). Under Article XII, a staff member, such as Ms Saez García, who has been successful in a case before ILOAT can find that the judgment in her favour is challenged before this Court, whose opinion, though "advisory" under the Court's Statute, is binding under the terms of Article XII (2) of the ILOAT Statute. If the Court concludes that the ILOAT has exceeded its jurisdiction, or that there has been a fundamental flaw in procedure, the staff member will

paragraphe 1 de l'avis). Comme la Cour le fait observer, cette procédure est hautement critiquable en ce qu'elle méconnaît la conception moderne de l'égalité des parties devant la justice.

3. La première critique que je formulerai à cet égard est de nature systémique. Contrairement à la procédure de recours contre les décisions du Tribunal administratif des Nations Unies (TANU) en vigueur jusqu'en 1995, celle prévue par l'article XII crée une inégalité entre les parties: seule l'organisation qui emploie le fonctionnaire a le droit de contester une décision du Tribunal et le fonctionnaire ne jouit donc pas du même accès à la justice que l'organisation qui l'emploie. Si cette inégalité pouvait paraître acceptable il y a cinquante ans (bien que, à l'époque déjà, certains juges s'en fussent alarmés), je ne crois pas qu'il en va de même aujourd'hui. Loin de se réduire à un simple détail technique, cette inégalité constitue un vice fondamental du système créé par l'article XII. Je fais miennes les considérations développées par la Cour sur ce vice de fond aux paragraphes 33 à 48 de son avis consultatif. Il ne devrait pas être demandé à la Cour de participer à une procédure qui, faute d'assurer l'égalité entre les parties, est incompatible avec les concepts modernes de procédure régulière et d'intégrité de la fonction judiciaire. La seule raison pour laquelle je me suis rallié à la décision de donner suite à la demande d'avis est que la Cour aurait été malavisée de décider, inopinément, de ne plus participer à une procédure de contestation des décisions du Tribunal en vigueur depuis des années et donc considérée par tous les intéressés — aussi bien les organisations que les fonctionnaires — comme faisant partie intégrante des voies de droit offertes par le Tribunal. Il n'en reste pas moins que l'inégalité d'accès qui prévaut aujourd'hui ne saurait être plus longtemps tolérée. Il est grand temps de réformer l'article XII du statut du TAOIT et, il faut l'espérer, de mettre en place dans les meilleurs délais une nouvelle procédure de contestation des décisions du Tribunal.

4. Ma seconde critique, quelque peu différente, porte sur une inégalité potentielle dans la procédure devant la Cour. Bien que les procédures consultatives se déroulant devant la Cour n'opposent pas des «parties» à proprement parler, celle à laquelle la Cour est appelée à participer en vertu de l'article XII du statut du TAOIT diffère par nature de celles qui font suite à des questions posées par l'Assemblée générale (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 136); *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 403). En vertu de l'article XII, un fonctionnaire qui, comme M^me^ Saez García, a obtenu gain de cause devant le TAOIT peut voir la décision du Tribunal contestée devant la Cour. L'avis rendu par celle-ci, bien que «consultatif» en vertu de son Statut, a force obligatoire aux termes du paragraphe 2 de l'article XII du statut du TAOIT. Par conséquent, si la Cour conclut que le Tribunal a outrepassé sa compétence ou constate une faute essentielle dans la procédure suivie, le fonctionnaire se verra contraint de renoncer à l'indemnisa-

lose the compensation awarded to her. In substance, therefore, if not in form, the proceedings before the Court are proceedings between the Organization requesting the Opinion and the staff member, and the Court's opinion will determine whether or not the staff member continues to be entitled to the compensation awarded to her. Yet, as the Opinion points out at paragraphs 45 to 47, the staff member has no direct access to the Court; she can make representations and submit documents to the Court only through the Organization. The resulting disparity is incompatible with modern notions of justice and due process. I agree that the Court has managed to fashion a procedure which, in the present case, has done all that can be done to compensate for that deficiency and has ensured that, in the end, Ms Saez García received a fair hearing. However, IFAD's approach to the proceedings, of which the Court (in paragraph 46 of the Opinion) has rightly been critical, amounted to treating Ms Saez García as a spectator rather than a participant in proceedings whose outcome would have a direct and substantial effect upon her. In the end, I believe that the action taken by the Court prevented that approach from giving rise to a denial of justice but it is a graphic reminder of the deficiencies inherent in a system in which a judgment in favour of a staff member is challenged in proceedings to which the employing organization, but not the staff member, has direct access to the Court.

5. That leads me to a final point concerning the costs of the proceedings. Article 64 of the Court's Statute provides that "[u]nless otherwise decided by the Court, each party shall bear its own costs". The words "unless otherwise decided" make clear that the Court is given a power to order that one party should pay all or part of the costs incurred by the other party, although Article 64 plainly envisages that the Court will do so only in exceptional circumstances and that the normal rule will be that each party bears its own costs. In fact, the Court has never made use of the power given to it by the opening words of Article 64. Article 64 is, of course, designed for contentious proceedings in which there are parties but Article 68 of the Statute provides that "[i]n the exercise of its advisory functions the Court shall further be guided by the provisions of the present Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable". The Court is given a broad discretion by this provision; it may determine whether and to what extent provisions of the Statute framed for use in contentious cases are appropriate to be applied in advisory proceedings. In my view, the Court can — and should — recognize the provisions of Article 64 as applicable in the present type of advisory proceeding. To do so would recognize the reality of such proceedings as a confrontation between a staff member and an international organization and address the obvious disparity between the financial resources available to each of them.

6. In the present case, Ms Saez García did not request an order for costs. Had she done so, I would have been willing to order that IFAD

tion qui lui avait été initialement accordée. A défaut d'opposer, sur la forme, l'organisation (qui sollicite l'avis) et le fonctionnaire, la procédure devant la Cour les oppose sur le fond, et il appartient à cette dernière de déterminer si le fonctionnaire peut effectivement prétendre à une indemnisation. Or, comme il est souligné aux paragraphes 45 à 47 de l'avis consultatif, le fonctionnaire n'a pas directement accès à la Cour. Pour pouvoir lui exposer ses vues et lui soumettre des documents, M^me^ Saez García a dû passer par l'entremise du FIDA. Le déséquilibre ainsi créé est incompatible avec les concepts modernes de justice et de procédure régulière. Il est vrai que, en la présente espèce, la Cour s'est employée à mettre en place une procédure propre à remédier, dans toute la mesure possible, aux failles du système, et à faire en sorte que, finalement, M^me^ Saez García puisse faire entendre sa cause en toute impartialité. Cependant, le comportement adopté par le FIDA dans cette procédure, que la Cour a critiqué — à juste titre — (au paragraphe 46 de son avis), revenait à traiter M^me^ Saez García comme spectatrice plutôt que comme partie prenante dans cette affaire, alors qu'elle était concernée au premier chef, de manière directe et déterminante, par l'issue de la procédure. Je pense que les mesures prises par la Cour ont finalement empêché qu'un tel comportement ne donne lieu à un déni de justice, mais cette procédure rappelle de manière éloquente à qui voudrait l'oublier les failles inhérentes à un système en vertu duquel une décision favorable à un fonctionnaire peut être contestée devant la Cour dans le cadre d'une procédure à laquelle seule l'organisation qui l'emploie a directement accès.

5. Enfin, j'aborderai une dernière question, celle des dépens, en citant les termes de l'article 64 du Statut: «[s]'il n'en est autrement décidé par la Cour, chaque partie supporte ses frais de procédure». L'expression «s'il n'en est autrement décidé par la Cour» signifie que cette dernière a le pouvoir d'ordonner à l'une des parties de payer, en tout ou en partie, les frais encourus par l'autre, même s'il est clair qu'elle ne le fera qu'à titre exceptionnel, la règle ordinaire étant que chaque partie supporte ses frais de procédure. En fait, la Cour n'a jamais fait usage d'un tel pouvoir. S'il est vrai que l'article 64 vise les affaires contentieuses, l'article 68 du Statut prévoit que, «[d]ans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables». Cette disposition confère à la Cour un vaste pouvoir discrétionnaire. Il lui appartient de déterminer si, et dans quelle mesure, les dispositions du Statut relatives aux affaires contentieuses trouvent également à s'appliquer dans les procédures consultatives. A mon sens, la Cour peut — et doit — reconnaître que les dispositions de l'article 64 sont applicables à une procédure consultative du type de celle qui nous intéresse ici. Ce faisant, la véritable nature de cette procédure — un conflit opposant un fonctionnaire à une organisation internationale — sera pleinement prise en compte, de même que l'absence d'égalité évidente entre l'un et l'autre sur le plan de leurs ressources financières.

6. En la présente espèce, M^me^ Saez García n'a pas demandé le paiement des dépens. L'aurait-elle fait, j'aurais voté en faveur d'une mesure

pay at least part of the costs she incurred. In my opinion, there are two reasons for making such an order. First, IFAD chose to challenge the judgment of the ILOAT and was unsuccessful in that challenge. In doing so, it forced Ms Saez García to suffer a significant delay in payment of the compensation awarded to her and to incur costs of legal representation in the proceedings before the Court. I do not question IFAD's entitlement to seek the opinion of the Court but, since that challenge failed, I consider it only equitable that IFAD should meet the costs reasonably incurred by Ms Saez García. That it was reasonable for Ms Saez García to use the services of counsel to make representations on her behalf is beyond doubt given the resources which IFAD was able to devote to the case. I should add that the high quality of the representations made on her behalf meant that they were of substantial assistance to the Court. Secondly, the costs which Ms Saez García was obliged to incur were almost certainly increased by the approach which IFAD took to the proceedings. For this reason also, I consider it equitable that IFAD, rather than Ms Saez García, should be required to meet those costs.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

condamnant le FIDA à leur paiement, au moins partiel. A mon sens, deux raisons auraient dicté une telle décision. Tout d'abord, le Fonds a fait le choix de contester le jugement du TAOIT et la Cour ne lui a pas donné raison. M^me^ Saez García a donc doublement pâti de la décision du FIDA, qui a non seulement grandement retardé le paiement des indemnités qu'elle s'était vu accorder, mais l'a aussi contrainte à engager des frais pour assurer sa défense devant la Cour. Je ne remets pas en cause le droit du FIDA de solliciter l'avis de la Cour mais, dès lors que celle-ci s'est prononcée en sa défaveur, j'estime que, au nom de la simple équité, il aurait dû assumer les frais de justice raisonnablement encourus par M^me^ Saez García. Au vu des moyens dont disposait le Fonds pour défendre ses intérêts en la présente procédure, M^me^ Saez García a été bien avisée de se faire représenter par un conseil. Je souhaiterais d'ailleurs souligner la qualité des observations faites en son nom, qui ont apporté à la Cour une aide substantielle. Ensuite, le comportement adopté par le FIDA en la présente procédure a très certainement grevé les dépenses engagées par M^me^ Saez García. J'estime donc que, pour cette raison également, il aurait été équitable que ce soit le Fonds, et non M^me^ Saez García, qui supporte ses frais de procédure.

(Signé) Christopher GREENWOOD.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT

(ALLEMAGNE c. ITALIE ; GRÈCE (intervenant))

ARRÊT DU 3 FÉVRIER 2012

2012

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE

(GERMANY *v.* ITALY : GREECE intervening)

JUDGMENT OF 3 FEBRUARY 2012

Mode officiel de citation :
Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99

Official citation :
Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071145-6

N° de vente:
Sales number **1031**

3 FÉVRIER 2012

ARRÊT

IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT

(ALLEMAGNE c. ITALIE ; GRÈCE (intervenant))

JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE

(GERMANY *v.* ITALY : GREECE intervening)

3 FEBRUARY 2012

JUDGMENT

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
QUALITÉS	1-19
I. CONTEXTE HISTORIQUE ET FACTUEL	20-36
1. Le traité de paix de 1947	22
2. La loi fédérale d'indemnisation de 1953	23
3. Les accords de 1961	24-25
4. La loi portant création de la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir »	26
5. Les procédures engagées devant les juridictions italiennes	27-36
A. Les actions introduites par des ressortissants italiens	27-29
B. Les actions introduites par des ressortissants grecs	30-36
II. L'OBJET DU DIFFÉREND ET LA COMPÉTENCE DE LA COUR	37-51
III. LES VIOLATIONS DE L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION DE L'ALLEMAGNE QUI AURAIENT ÉTÉ COMMISES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES ENGAGÉES PAR LES REQUÉRANTS ITALIENS	52-108
1. Les questions soumises à la Cour	52-61
2. Le premier argument de l'Italie : les dommages ont été causés sur le territoire de l'Etat du for	62-79
3. Le second argument de l'Italie : l'objet et les circonstances des demandes présentées aux juridictions italiennes	80-106
A. La gravité des violations	81-91
B. La relation entre le *jus cogens* et la règle de l'immunité de l'Etat	92-97
C. L'argument du « dernier recours »	98-104
D. L'effet combiné des circonstances invoquées par l'Italie	105-106
4. Conclusions	107-108
IV. LES MESURES DE CONTRAINTE PRISES À L'ÉGARD DES BIENS APPARTENANT À L'ALLEMAGNE EN TERRITOIRE ITALIEN	109-120
V. LES DÉCISIONS JUDICIAIRES ITALIENNES DÉCLARANT EXÉCUTOIRES EN ITALIE DES DÉCISIONS DE JURIDICTIONS GRECQUES PRONONÇANT DES CONDAMNATIONS CIVILES À L'ENCONTRE DE L'ALLEMAGNE	121-133
VI. LES CONCLUSIONS FINALES DE L'ALLEMAGNE ET LES RÉPARATIONS SOLLICITÉES	134-138
DISPOSITIF	139

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE	1-19
I. HISTORICAL AND FACTUAL BACKGROUND	20-36
1. The Peace Treaty of 1947	22
2. The Federal Compensation Law of 1953	23
3. The 1961 Agreements	24-25
4. Law establishing the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation	26
5. Proceedings before Italian courts	27-36
A. Cases involving Italian nationals	27-29
B. Cases involving Greek nationals	30-36
II. THE SUBJECT-MATTER OF THE DISPUTE AND THE JURISDICTION OF THE COURT	37-51
III. ALLEGED VIOLATION OF GERMANY'S JURISDICTIONAL IMMUNITY IN THE PROCEEDINGS BROUGHT BY THE ITALIAN CLAIMANTS	52-108
1. The issues before the Court	52-61
2. Italy's first argument: the territorial tort principle	62-79
3. Italy's second argument: the subject-matter and circumstances of the claims in the Italian courts	80-106
A. The gravity of the violations	81-91
B. The relationship between *jus cogens* and the rule of State immunity	92-97
C. The "last resort" argument	98-104
D. The combined effect of the circumstances relied upon by Italy	105-106
4. Conclusions	107-108
IV. THE MEASURES OF CONSTRAINT TAKEN AGAINST PROPERTY BELONGING TO GERMANY LOCATED ON ITALIAN TERRITORY	109-120
V. THE DECISIONS OF THE ITALIAN COURTS DECLARING ENFORCEABLE IN ITALY DECISIONS OF GREEK COURTS UPHOLDING CIVIL CLAIMS AGAINST GERMANY	121-133
VI. GERMANY'S FINAL SUBMISSIONS AND THE REMEDIES SOUGHT	134-138
OPERATIVE CLAUSE	139

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2012

2012
3 février
Rôle général
n° 143

3 février 2012

IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT

(ALLEMAGNE c. ITALIE ; GRÈCE (intervenant))

Contexte historique et factuel.

Traité de paix de 1947 — Loi fédérale d'indemnisation de 1953 — Accords de 1961 — Loi fédérale de 2000 portant création de la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » — Procédures engagées devant les juridictions italiennes — Actions introduites par des ressortissants italiens — Actions introduites par des ressortissants grecs.

*

Objet du différend et compétence de la Cour.

Objet du différend circonscrit par les demandes de l'Allemagne et de l'Italie — Absence d'objection de l'Italie à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête — Article premier de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends en tant que base de compétence — Limitation ratione temporis *non applicable — Cour ayant compétence — Cour n'étant pas appelée à statuer sur des questions de réparation — Lien entre obligation de réparation et immunité de l'Etat — Aucune autre question concernant la compétence de la Cour.*

*

Violations de l'immunité de juridiction de l'Allemagne qui auraient été commises dans le cadre des procédures engagées par les requérants italiens.

*Questions soumises à la Cour — Origine des actions intentées devant les juridictions italiennes — Existence d'une règle coutumière de droit international conférant l'immunité à l'Etat — Sources de la pratique étatique et de l'*opinio juris *— Pratique étatique et* opinio juris *reconnaissant, d'une manière générale, l'immunité de l'Etat — Règle de l'immunité de l'Etat procédant du principe de l'égalité souveraine des Etats — Nécessité d'établir une distinction entre les actes pertinents de l'Allemagne et ceux de l'Italie — Caractère procédural du droit de l'immunité — Cour devant examiner et appliquer le droit de l'immunité de l'Etat*

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2012

2012
3 February
General List
No. 143

3 February 2012

JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE

(GERMANY *v.* ITALY: GREECE intervening)

Historical and factual background.

Peace Treaty of 1947 — Federal Compensation Law of 1953 — 1961 Agreements — 2000 Federal Law establishing the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation — Proceedings before Italian courts — Cases involving Italian nationals — Cases involving Greek nationals.

*

Subject-matter of dispute and jurisdiction of the Court.

Subject-matter of dispute delimited by claims of Germany and Italy — No objection to jurisdiction of the Court or admissibility of Application raised by Italy — Article 1 of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes as basis of jurisdiction — Limitation ratione temporis *not applicable — The Court has jurisdiction — The Court is not called upon to rule on questions of reparation — Relationship between duty of reparation and State immunity — No other question with regard to the Court's jurisdiction.*

*

Alleged violation of Germany's jurisdictional immunity in proceedings brought by Italian claimants.

Issues before the Court — Origins of proceedings in Italian courts — Existence of customary rule of international law conferring immunity on States — Sources of State practice and opinio juris *— State practice and* opinio juris *generally recognize State immunity — Rule of State immunity derives from principle of sovereign equality of States — Need to distinguish between relevant acts of Germany and those of Italy — Procedural nature of law of immunity — The Court must examine and apply the law on State immunity as it existed at time of Italian proceedings —* Acta jure gestionis *and* acta jure imperii *— Acts of armed forces of*

tel qu'il existait à l'époque des procédures italiennes — Actes jure gestionis *et actes* jure imperii *— Actes des forces armées du Reich allemand étant des actes* jure imperii *— Immunité de l'Etat en ce qui concerne les actes* jure imperii *— Argument de l'Italie selon lequel l'Allemagne n'est pas fondée à bénéficier de l'immunité dans les procédures qui ont été engagées devant les tribunaux italiens.*

Premier argument de l'Italie: l'exception territoriale — Actes commis sur le territoire de l'Etat du for par les forces armées d'un Etat étranger dans le cadre d'un conflit armé — Article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats — Article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens — Pratique étatique: législations nationales et décisions de juridictions nationales — Etat jouissant, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes jure imperii *lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées dans le cadre d'un conflit armé —* Opinio juris *— Absence de jurisprudence ou de déclarations contraires de la part des Etats — Décisions des juridictions italiennes ne pouvant être justifiées sur la base de l'exception territoriale.*

Second argument de l'Italie: objet et circonstances des demandes présentées aux juridictions italiennes — Gravité des violations — Affirmation selon laquelle le droit international n'accorde pas l'immunité à un Etat dans le cas de violations graves du droit des conflits armés — Tribunal national saisi devant déterminer si un Etat peut prétendre à l'immunité avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire — Absence de pratique étatique étayant la proposition selon laquelle un Etat serait privé de l'immunité dans le cas de violations graves du droit international humanitaire — Proposition n'ayant pas non plus été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme — Etat n'étant pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international humanitaire.

Relation entre jus cogens *et règle de l'immunité de l'Etat — Conflit allégué entre règles de* jus cogens *et immunité de l'Allemagne —* Jus cogens *n'entrant pas en conflit avec l'immunité de l'Etat — Argument tiré de la primauté du* jus cogens *sur le droit de l'immunité des Etats ayant été écarté par les tribunaux nationaux — Immunité de l'Etat ne se trouvant pas affectée par une violation du* jus cogens.

Argument du « dernier recours » — Affirmation selon laquelle les tribunaux italiens ont à juste titre refusé de reconnaître l'immunité de l'Allemagne au motif qu'avaient échoué toutes les autres tentatives d'obtenir réparation — Droit d'un Etat à l'immunité ne dépendant pas de l'existence d'autres voies effectives de réparation — Cour rejetant l'argument de l'Italie — Nouvelles négociations entre l'Allemagne et l'Italie.

Effet combiné des circonstances invoquées par l'Italie — Aucun des trois volets ne justifiant le comportement des tribunaux italiens — Absence d'effets si considérés conjointement — Pratique étatique — Mise en balance de différents facteurs méconnaissant la nature même de l'immunité de l'Etat — Immunité ne pouvant dépendre d'une telle mise en balance par un tribunal national.

Refus des tribunaux italiens de reconnaître l'immunité de l'Allemagne constituant un manquement aux obligations auxquelles l'Italie était tenue envers celle-ci — Nul besoin d'examiner les autres questions soulevées par les Parties.

*

Mesures de contrainte prises à l'égard de biens appartenant à l'Allemagne en territoire italien.

German Reich were acta jure imperii — *State immunity in respect of* acta jure imperii — *Contention by Italy that Germany not entitled to immunity in respect of cases before Italian courts.*

Italy's first argument: territorial tort principle — Acts committed on territory of forum State by armed forces of a foreign State in conduct of armed conflict — Article 11 of European Convention on State Immunity — Article 12 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property — State practice: national legislation and judgments of national courts — State immunity for acta jure imperii *extends to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property, committed by armed forces in conduct of armed conflict —* Opinio juris *— Absence of contrary jurisprudence or contrary statements by States — Decisions of Italian courts cannot be justified on basis of territorial tort principle.*

Italy's second argument: subject-matter and circumstances of claims in Italian courts — Gravity of violations — Contention that international law does not accord immunity to a State for serious violations of law of armed conflict — National court is required to determine entitlement to immunity before it can hear merits of case — No State practice to support proposition that a State is deprived of immunity in cases of serious violations of international humanitarian law — Neither has proposition been accepted by European Court of Human Rights — State not deprived of immunity because it is accused of serious violations of international humanitarian law.

Relationship between jus cogens *and rule of State immunity — Alleged conflict between* jus cogens *rules and immunity of Germany — No conflict exists between* jus cogens *and immunity of a State — Argument about* jus cogens *displacing State immunity has been rejected by national courts — State immunity not affected by violation of* jus cogens.

The "last resort" argument — Contention that Italian courts were justified in denying Germany immunity because of failure of all other attempts to secure compensation — State immunity not dependent upon existence of effective alternative means of redress — Italy's argument rejected — Further negotiation between Germany and Italy.

Combined effect of circumstances relied upon by Italy — None of three strands justify action of Italian courts — No effect if taken together — State practice — Balancing different factors would disregard nature of State immunity — Immunity cannot be dependent upon outcome of balancing exercise by national court.

Action of Italian courts in denying Germany immunity constitutes a breach of obligations owed by Italy to Germany — No need to consider other questions raised by the Parties.

*

Measures of constraint taken against property belonging to Germany located on Italian territory.

Hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni — Hypothèque en question suspendue par l'Italie pour tenir compte de la procédure devant la Cour — Distinction entre les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution et celles qui gouvernent l'immunité de juridiction — Nul besoin de déterminer si les décisions des tribunaux grecs prononçant des condamnations pécuniaires à l'égard de l'Allemagne ont été rendues en violation de l'immunité de juridiction de cet Etat — Article 19 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens — Bien ayant fait l'objet d'une mesure de contrainte étant utilisé à des fins de service public non commerciales — Allemagne n'ayant pas expressément consenti à l'application de la mesure en cause, ni réservé la Villa Vigoni à la satisfaction des demandes en justice dirigées contre elle — Inscription d'une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni constituant une violation par l'Italie de son obligation de respecter l'immunité due à l'Allemagne.

*

Décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie des décisions de juridictions grecques prononçant des condamnations civiles à l'encontre de l'Allemagne.

*Argument de l'Allemagne selon lequel son immunité de juridiction a été violée par ces décisions — Demande d'*exequatur *— Question de savoir si les tribunaux italiens ont respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne en accordant l'*exequatur *— Objet de la procédure d'*exequatur *— Procédure d'*exequatur *devant être regardée comme intentée contre l'Etat condamné par le jugement étranger — Question de l'immunité devant être examinée avant la demande d'*exequatur *— Nul besoin de trancher la question de savoir si les tribunaux grecs ont violé l'immunité de l'Allemagne — Arrêts de la Cour d'appel de Florence ayant violé l'obligation de l'Italie de respecter l'immunité de juridiction de l'Allemagne.*

*

Conclusions finales de l'Allemagne et réparations sollicitées.

Six chefs de conclusions ayant été soumis à la Cour par l'Allemagne — Cour faisant droit aux trois premiers chefs de conclusions — Violation par l'Italie de l'immunité de juridiction de l'Allemagne — Quatrième chef de conclusions — Demande tendant à ce que la Cour dise que la responsabilité internationale de l'Italie est engagée — Nul besoin d'une déclaration spécifique — Responsabilité se déduisant automatiquement du constat de la violation de certaines obligations — Cour ne faisant pas droit au quatrième chef de conclusions — Cinquième chef de conclusions — Demande tendant à ce que la Cour ordonne à l'Italie de prendre, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne soient privées d'effet — Cour faisant droit au cinquième chef de conclusions — Résultat devant être atteint par la promulgation d'une législation appropriée ou par le recours à toute autre méthode capable de produire cet effet — Sixième chef de conclusions — Demande tendant à ce que la Cour ordonne à l'Italie d'offrir des assurances de non-répétition — Aucune raison de supposer qu'un Etat dont le comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir ce comportement — Absence de circonstances justifiant des assurances de non-répétition — Cour ne faisant pas droit au sixième chef de conclusions.

Legal charge against Villa Vigoni — Charge in question suspended by Italy to take account of proceedings before the Court — Distinction between rules of customary international law governing immunity from enforcement and those governing jurisdictional immunity — No need to determine whether decisions of Greek courts awarding pecuniary damages against Germany were in breach of that State's jurisdictional immunity — Article 19 of United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property — Property which was subject of measure of constraint being used for non-commercial governmental purposes — Germany not having expressly consented to taking of legal charge in question or allocated Villa Vigoni for satisfaction of judicial claims against it — Registration of legal charge on Villa Vigoni constitutes a violation by Italy of its obligation to respect immunity owed to Germany.

*

Decisions of Italian courts declaring enforceable in Italy decisions of Greek courts upholding civil claims against Germany.

Germany's contention that its jurisdictional immunity was violated by these decisions — Request for exequatur *— Whether Italian courts respected Germany's immunity from jurisdiction in upholding request for* exequatur *— Purpose of* exequatur *proceedings —* Exequatur *proceedings must be regarded as being directed against State which was subject of foreign judgment — Question of immunity precedes consideration of request for* exequatur *— No need to rule on question whether Greek courts violated Germany's immunity — Decisions of Florence Court of Appeal constitute violation by Italy of its obligation to respect jurisdictional immunity of Germany.*

*

Germany's final submissions and the remedies sought.

Germany's six requests presented to the Court — First three submissions upheld — Violation by Italy of Germany's jurisdictional immunity — Fourth submission — Request for declaration that Italy's international responsibility is engaged — No need for express declaration — Responsibility automatically inferred from finding that certain obligations have been violated — Fourth submission not upheld — Fifth submission — Request that Italy be ordered to take, by means of its own choosing, any and all steps to ensure that all decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany's sovereign immunity cease to have effect — Fifth submission upheld — Result to be achieved by enacting appropriate legislation or by other methods having the same effect — Sixth submission — Request that Italy be ordered to provide assurances of non-repetition — No reason to suppose that a State whose conduct has been declared wrongful by the Court will repeat that conduct in future — No circumstances justifying assurances of non-repetition — Sixth submission not upheld.

ARRÊT

Présents: M. OWADA, *président*; M. TOMKA, *vice-président*; MM. KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Mmes XUE, DONOGHUE, *juges*; M. GAJA, *juge* ad hoc; M. COUVREUR, *greffier*.

En l'affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'Etat,

entre

la République fédérale d'Allemagne,

représentée par

S. Exc. Mme Susanne Wasum-Rainer, ambassadeur, directeur général des affaires juridiques et conseiller juridique du ministère fédéral des affaires étrangères,
S. Exc. M. Heinz-Peter Behr, ambassadeur de la République fédérale d'Allemagne auprès du Royaume des Pays-Bas,
M. Christian Tomuschat, ancien membre et président de la Commission du droit international, professeur émérite de droit international public à l'Université Humboldt de Berlin,

comme agents;

M. Andrea Gattini, professeur de droit international public à l'Université de Padoue,
M. Robert Kolb, professeur de droit international public à l'Université de Genève,

comme conseils et avocats;

M. Guido Hildner, chef de la division du droit international public au ministère fédéral des affaires étrangères,
M. Götz Schmidt-Bremme, chef de la division du droit international en matière civile, commerciale et fiscale au ministère fédéral des affaires étrangères,
M. Felix Neumann, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,
M. Gregor Schotten, ministère fédéral des affaires étrangères,
M. Klaus Keller, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,
Mme Susanne Achilles, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,
Mme Donate Arz von Straussenburg, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers;

Mme Fiona Kaltenborn,

comme assistante,

et

la République italienne,

représentée par

S. Exc. M. Paolo Pucci di Benisichi, ambassadeur et conseiller d'Etat,

JUDGMENT

Present: *President* OWADA; *Vice-President* TOMKA; *Judges* KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE; *Judge* ad hoc GAJA; *Registrar* COUVREUR.

In the case concerning jurisdictional immunities of the State,

between

the Federal Republic of Germany,

represented by

H.E. Ms Susanne Wasum-Rainer, Ambassador, Director-General for Legal Affairs and Legal Adviser, Federal Foreign Office,
H.E. Mr. Heinz-Peter Behr, Ambassador of the Federal Republic of Germany to the Kingdom of the Netherlands,
Mr. Christian Tomuschat, former Member and Chairman of the International Law Commission, Professor emeritus of Public International Law at the Humboldt University of Berlin,

as Agents;

Mr. Andrea Gattini, Professor of Public International Law at the University of Padua,
Mr. Robert Kolb, Professor of Public International Law at the University of Geneva,

as Counsel and Advocates;

Mr. Guido Hildner, Head of the Public International Law Division, Federal Foreign Office,
Mr. Götz Schmidt-Bremme, Head of the International Civil, Trade and Tax Law Division, Federal Foreign Office,
Mr. Felix Neumann, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,
Mr. Gregor Schotten, Federal Foreign Office,
Mr. Klaus Keller, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,
Ms Susanne Achilles, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,
Ms Donate Arz von Straussenburg, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers;

Ms Fiona Kaltenborn,

as Assistant,

and

the Italian Republic,

represented by

H.E. Mr. Paolo Pucci di Benisichi, Ambassador and State Counsellor,

comme agent;

M. Giacomo Aiello, avocat de l'Etat,

S. Exc. M. Franco Giordano, ambassadeur de la République italienne auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagents;

M. Luigi Condorelli, professeur de droit international à l'Université de Florence,

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement de Genève et à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas),

M. Paolo Palchetti, professeur associé de droit international à l'Université de Macerata,

M. Salvatore Zappalà, professeur de droit international à l'Université de Catane, conseiller juridique à la mission permanente de l'Italie auprès de l'Organisation des Nations Unies,

comme conseils et avocats;

M. Giorgio Marrapodi, ministre plénipotentiaire, chef du département juridique du ministère des affaires étrangères,

M. Guido Cerboni, ministre plénipotentiaire, coordinateur pour les pays d'Europe centrale et occidentale à la direction générale de l'Union européenne au ministère des affaires étrangères,

M. Roberto Bellelli, conseiller juridique à l'ambassade d'Italie au Royaume des Pays-Bas,

M^me^ Sarah Negro, premier secrétaire à l'ambassade d'Italie au Royaume des Pays-Bas,

M. Mel Marquis, professeur de droit à l'Institut universitaire européen de Florence,

M^me^ Francesca De Vittor, chercheur en droit international à l'Université de Macerata,

comme conseillers,

avec, comme Etat autorisé à intervenir dans l'instance,

la République hellénique,

représentée par

M. Stelios Perrakis, professeur des institutions internationales et européennes à l'Université Panteion d'Athènes,

comme agent;

S. Exc. M. Ioannis Economides, ambassadeur de la République hellénique auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agent adjoint;

M. Antonis Bredimas, professeur de droit international à l'Université nationale et capodistrienne d'Athènes,

comme conseil et avocat;

M^me^ Maria-Daniella Marouda, maître de conférences en droit international à l'Université Panteion d'Athènes,

comme conseil,

as Agent;

Mr. Giacomo Aiello, State Advocate,

H.E. Mr. Franco Giordano, Ambassador of the Italian Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agents;

Mr. Luigi Condorelli, Professor of International Law, University of Florence,

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, and University of Paris II (Panthéon-Assas),

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor of International Law, University of Macerata,

Mr. Salvatore Zappalà, Professor of International Law, University of Catania, Legal Adviser, Permanent Mission of Italy to the United Nations,

as Counsel and Advocates;

Mr. Giorgio Marrapodi, Minister Plenipotentiary, Head of the Service for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Guido Cerboni, Minister Plenipotentiary, Co-ordinator for the countries of Central and Western Europe, Directorate-General for the European Union, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Roberto Bellelli, Legal Adviser, Embassy of Italy in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Sarah Negro, First Secretary, Embassy of Italy in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Mel Marquis, Professor of Law, European University Institute, Florence,

Ms Francesca De Vittor, International Law Researcher, University of Macerata,

as Advisers,

with, as State permitted to intervene in the case,

the Hellenic Republic,

represented by

Mr. Stelios Perrakis, Professor of International and European Institutions, Panteion University of Athens,

as Agent;

H.E. Mr. Ioannis Economides, Ambassador of the Hellenic Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Deputy-Agent;

Mr. Antonis Bredimas, Professor of International Law, National and Kapodistrian University of Athens,

as Counsel and Advocate;

Ms Maria-Daniella Marouda, Lecturer in International Law, Panteion University of Athens,

as Counsel,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant :

1. Le 23 décembre 2008, la République fédérale d'Allemagne (dénommée ci-après l'« Allemagne ») a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République italienne (dénommée ci-après l'« Italie ») au sujet d'un différend ayant son origine dans des « violations d'obligations juridiques internationales » qu'aurait commises l'Italie « en ne respectant pas » dans sa pratique judiciaire « l'immunité de juridiction reconnue à [l'Allemagne] par le droit international ».

Pour fonder la compétence de la Cour, l'Allemagne invoque dans sa requête l'article premier de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957.

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, la requête a été immédiatement communiquée au Gouvernement italien par le greffier ; conformément au paragraphe 3 de cet article, tous les autres Etats admis à ester devant la Cour ont été informés du dépôt de la requête.

3. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité italienne, l'Italie s'est prévalue du droit que lui confère le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire : elle a désigné M. Giorgio Gaja.

4. Par ordonnance du 29 avril 2009, la Cour a fixé au 23 juin 2009 et au 23 décembre 2009, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire de l'Allemagne et du contre-mémoire de l'Italie ; ces pièces de procédure ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits. Le contre-mémoire de l'Italie comprenait une demande reconventionnelle « sur la question des réparations dues aux victimes italiennes des graves violations du droit international humanitaire commises par les forces du Reich allemand ».

5. Par ordonnance du 6 juillet 2010, la Cour a décidé que la demande reconventionnelle de l'Italie était irrecevable comme telle au titre du paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement. Par la même ordonnance, elle a autorisé l'Allemagne à présenter une réplique et l'Italie, une duplique, et a fixé au 14 octobre 2010 et au 14 janvier 2011, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt de ces pièces de procédure ; celles-ci ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

6. Le 13 janvier 2011, la République hellénique (dénommée ci-après la « Grèce ») a, en vertu de l'article 62 du Statut, déposé au Greffe une requête à fin d'intervention en l'affaire. Dans sa requête, la Grèce indiquait qu'elle « ne cherch[ait] pas à intervenir en tant qu'Etat partie à l'instance ».

7. Conformément au paragraphe 1 de l'article 83 du Règlement, le greffier, sous le couvert de lettres en date du 13 janvier 2011, a transmis des copies certifiées conformes de la requête à fin d'intervention aux Gouvernements allemand et italien, en les informant que la Cour avait fixé au 1er avril 2011 la date d'expiration du délai dans lequel ils pouvaient présenter leurs observations écrites sur cette requête. Conformément au paragraphe 2 de ce même article, il a également transmis copie de ladite requête au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

8. L'Allemagne et l'Italie ont l'une et l'autre présenté des observations écrites sur la requête à fin d'intervention de la Grèce dans les délais ainsi fixés. Le

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 23 December 2008, the Federal Republic of Germany (hereinafter "Germany") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Italian Republic (hereinafter "Italy") in respect of a dispute originating in "violations of obligations under international law" allegedly committed by Italy through its judicial practice "in that it has failed to respect the jurisdictional immunity which . . . Germany enjoys under international law".

As a basis for the jurisdiction of the Court, Germany, in its Application, invoked Article 1 of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes of 29 April 1957.

2. Under Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Registrar immediately communicated the Application to the Government of Italy; and, pursuant to paragraph 3 of that Article, all other States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. Since the Court included upon the Bench no judge of Italian nationality, Italy exercised its right under Article 31, paragraph 2, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case: it chose Mr. Giorgio Gaja.

4. By an Order of 29 April 2009, the Court fixed 23 June 2009 as the time-limit for the filing of the Memorial of Germany and 23 December 2009 as the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of Italy; those pleadings were duly filed within the time-limits so prescribed. The Counter-Memorial of Italy included a counter-claim "with respect to the question of the reparation owed to Italian victims of grave violations of international humanitarian law committed by forces of the German Reich".

5. By an Order of 6 July 2010, the Court decided that the counter-claim presented by Italy was inadmissible as such under Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court. By the same Order, the Court authorized Germany to submit a Reply and Italy to submit a Rejoinder, and fixed 14 October 2010 and 14 January 2011 respectively as the time-limits for the filing of those pleadings; those pleadings were duly filed within the time-limits so prescribed.

6. On 13 January 2011, the Hellenic Republic (hereinafter "Greece") filed in the Registry an Application for permission to intervene in the case pursuant to Article 62 of the Statute. In its Application, Greece indicated that it "[did] not seek to become a party to the case".

7. In accordance with Article 83, paragraph 1, of the Rules of Court, the Registrar, by letters dated 13 January 2011, transmitted certified copies of the Application for permission to intervene to the Government of Germany and the Government of Italy, which were informed that the Court had fixed 1 April 2011 as the time-limit for the submission of their written observations on that Application. The Registrar also transmitted, under paragraph 2 of the same Article, a copy of the Application to the Secretary-General of the United Nations.

8. Germany and Italy each submitted written observations on Greece's Application for permission to intervene within the time-limit thus fixed. The

Greffe leur a transmis à chacune copie des observations de l'autre, et il a également communiqué copie des observations des deux Parties à la Grèce.

9. A la lumière du paragraphe 2 de l'article 84 de son Règlement, et compte tenu de l'absence d'objection des deux Parties, la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de tenir des audiences sur la question de l'admission de la requête à fin d'intervention de la Grèce. Elle a néanmoins considéré que celle-ci devait avoir la possibilité d'exposer ses vues sur les observations des Parties, qui devaient quant à elles être autorisées à soumettre des observations écrites additionnelles sur la question. La Cour a fixé au 6 mai 2011 la date d'expiration du délai accordé à la Grèce pour présenter ses propres observations écrites sur celles des Parties, et au 6 juin 2011 la date d'expiration du délai accordé aux Parties pour faire part de leurs observations additionnelles sur les observations écrites de la Grèce. Les observations de la Grèce et les observations additionnelles des Parties ont été présentées dans les délais ainsi fixés. Le Greffe a dûment transmis aux Parties copie des observations de la Grèce; il a en outre communiqué à chacune copie des observations additionnelles de l'autre et, à la Grèce, copie des observations additionnelles des deux Parties.

10. Par ordonnance du 4 juillet 2011, la Cour a autorisé la Grèce à intervenir en tant que non-partie, dans la mesure où son intervention se limiterait aux décisions grecques déclarées exécutoires en Italie. La Cour a également fixé comme suit les dates d'expiration des délais pour le dépôt de la déclaration écrite et des observations écrites visées au paragraphe 1 de l'article 85 du Règlement: pour la déclaration écrite de la Grèce, le 5 août 2011, et pour les observations écrites de l'Allemagne et de l'Italie sur cette déclaration, le 5 septembre 2011.

11. La déclaration écrite de la Grèce et les observations écrites de l'Allemagne ont été dûment déposées dans les délais ainsi fixés. Par lettre datée du 1er septembre 2011, l'agent de l'Italie a indiqué que la République italienne ne présenterait pas d'observations sur la déclaration écrite de la Grèce à ce stade de la procédure, tout en réservant cependant «sa position et son droit d'aborder, le cas échéant, certains points soulevés dans la déclaration écrite au cours des audiences». Le Greffe a dûment transmis aux Parties copie de la déclaration écrite de la Grèce; il a transmis à l'Italie et à la Grèce copie des observations écrites de l'Allemagne.

12. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour, après s'être renseignée auprès des Parties, a décidé que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale. Après avoir consulté les Parties et la Grèce, la Cour a décidé qu'il en irait de même pour la déclaration écrite de l'Etat intervenant et les observations écrites de l'Allemagne sur ladite déclaration.

13. Des audiences publiques ont été tenues du 12 au 16 septembre 2011, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses:

Pour l'Allemagne: Mme Susanne Wasum-Rainer,
M. Christian Tomuschat,
M. Andrea Gattini,
M. Robert Kolb.

Pour l'Italie: M. Giacomo Aiello,
M. Luigi Condorelli,
M. Salvatore Zappalà,
M. Paolo Palchetti,
M. Pierre-Marie Dupuy.

Pour la Grèce: M. Stelios Perrakis,
M. Antonis Bredimas.

Registry transmitted to each Party a copy of the other's observations, and copies of the observations of both Parties to Greece.

9. In light of Article 84, paragraph 2, of the Rules of Court, and taking into account the fact that neither Party filed an objection, the Court decided that it was not necessary to hold hearings on the question whether Greece's Application for permission to intervene should be granted. The Court nevertheless decided that Greece should be given an opportunity to comment on the observations of the Parties and that the latter should be allowed to submit additional written observations on the question. The Court fixed 6 May 2011 as the time-limit for the submission by Greece of its own written observations on those of the Parties, and 6 June 2011 as the time-limit for the submission by the Parties of additional observations on Greece's written observations. The observations of Greece and the additional observations of the Parties were submitted within the time-limits thus fixed. The Registry duly transmitted to the Parties a copy of the observations of Greece; it transmitted to each of the Parties a copy of the other's additional observations and to Greece copies of the additional observations of both Parties.

10. By an Order of 4 July 2011, the Court authorized Greece to intervene in the case as a non-party, in so far as this intervention was limited to the decisions of Greek courts which were declared by Italian courts as enforceable in Italy. The Court further fixed the following time-limits for the filing of the written statement and the written observations referred to in Article 85, paragraph 1, of the Rules of Court: 5 August 2011 for the written statement of Greece and 5 September 2011 for the written observations of Germany and Italy on that statement.

11. The written statement of Greece and the written observations of Germany were duly filed within the time-limits so fixed. By a letter dated 1 September 2011, the Agent of Italy indicated that the Italian Republic would not be presenting observations on the written statement of Greece at that stage of the proceedings, but reserved "its position and right to address certain points raised in the written statement, as necessary, in the course of the oral proceedings". The Registry duly transmitted to the Parties a copy of the written statement of Greece; it transmitted to Italy and Greece a copy of the written observations of Germany.

12. Under Article 53, paragraph 2, of its Rules, the Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of the pleadings and documents annexed would be made available to the public at the opening of the oral proceedings. After consulting the Parties and Greece, the Court decided that the same should apply to the written statement of the intervening State and the written observations of Germany on that statement.

13. Public hearings were held from 12 to 16 September 2011, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For Germany: Ms Susanne Wasum-Rainer,
Mr. Christian Tomuschat,
Mr. Andrea Gattini,
Mr. Robert Kolb.

For Italy: Mr. Giacomo Aiello,
Mr. Luigi Condorelli,
Mr. Salvatore Zappalà,
Mr. Paolo Palchetti,
Mr. Pierre-Marie Dupuy.

For Greece: Mr. Stelios Perrakis,
Mr. Antonis Bredimas.

14. A l'audience, des membres de la Cour ont posé aux Parties et, en tant qu'Etat intervenant, à la Grèce des questions auxquelles il a été répondu par écrit. Les Parties ont présenté leurs observations écrites sur ces réponses écrites.

*

15. Dans sa requête, l'Allemagne a formulé les demandes suivantes:

«[L']Allemagne prie la Cour de dire et juger que:

1) en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale de septembre 1943 à mai 1945, la République italienne a commis des violations de ses obligations juridiques internationales en ne respectant pas l'immunité de juridiction reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international;
2) en prenant des mesures d'exécution forcée visant la «Villa Vigoni», propriété de l'Etat allemand utilisée par le gouvernement de ce dernier à des fins non commerciales, la République italienne a également violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne;
3) en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux qui sont mentionnés au point 1 ci-dessus, la République italienne a commis une autre violation de l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

En conséquence, la République fédérale d'Allemagne prie la Cour de dire et juger que:

4) la responsabilité internationale de la République italienne est engagée;
5) la République italienne prendra, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses juridictions et d'autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne ne puissent être exécutées;
6) la République italienne prendra toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses juridictions s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés au point 1 ci-dessus.»

16. Au cours de la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de l'Allemagne,

dans le mémoire et dans la réplique:

«[L']Allemagne prie la Cour de dire et juger que:

1) en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale, de septembre 1943 à mai 1945, la République italienne a commis des violations de ses obligations juridiques internationales en tant qu'elle n'a pas respecté l'immunité de juridiction reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international;

14. At the hearings, questions were put by Members of the Court to the Parties and to Greece, as intervening State, to which replies were given in writing. The Parties submitted written comments on those written replies.

*

15. In its Application, Germany made the following requests:

"Germany prays the Court to adjudge and declare that the Italian Republic:

(1) by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II from September 1943 to May 1945, to be brought against the Federal Republic of Germany, committed violations of obligations under international law in that it has failed to respect the jurisdictional immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law;

(2) by taking measures of constraint against 'Villa Vigoni', German State property used for government non-commercial purposes, also committed violations of Germany's jurisdictional immunity;

(3) by declaring Greek judgments based on occurrences similar to those defined above in request No. 1 enforceable in Italy, committed a further breach of Germany's jurisdictional immunity.

Accordingly, the Federal Republic of Germany prays the Court to adjudge and declare that

(4) the Italian Republic's international responsibility is engaged;

(5) the Italian Republic must, by means of its own choosing, take any and all steps to ensure that all the decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany's sovereign immunity become unenforceable;

(6) the Italian Republic must take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded on the occurrences described in request No. 1 above."

16. In the course of the written proceedings the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Germany,

in the Memorial and in the Reply:

"Germany prays the Court to adjudge and declare that the Italian Republic:

(1) by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II from September 1943 to May 1945, to be brought against the Federal Republic of Germany, committed violations of obligations under international law in that it has failed to respect the jurisdictional immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law;

2) en prenant des mesures d'exécution forcée visant la « Villa Vigoni », propriété de l'Etat allemand utilisée par le gouvernement de ce dernier à des fins non commerciales, la République italienne a également violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne;
3) en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux qui sont mentionnés au point 1 ci-dessus, la République italienne a une nouvelle fois violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

En conséquence, la République fédérale d'Allemagne prie la Cour de dire et juger que:

4) la responsabilité internationale de la République italienne est engagée;
5) la République italienne prendra, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne ne puissent être exécutées;
6) la République italienne prendra toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés au point 1 ci-dessus. »

Au nom du Gouvernement de l'Italie,

dans le contre-mémoire et dans la duplique:

« Sur la base des faits et des moyens exposés [dans son contre-mémoire et dans sa duplique], et tout en se réservant le droit de compléter ou de modifier cette conclusion, l'Italie prie la Cour de dire et juger que toutes les demandes de l'Allemagne sont rejetées. »

17. A l'audience, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de l'Allemagne,

« L'Allemagne prie la Cour de dire et juger que:

1) en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale, de septembre 1943 à mai 1945, la République italienne a commis des violations de ses obligations juridiques internationales en tant qu'elle n'a pas respecté l'immunité de juridiction reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international;
2) en prenant des mesures d'exécution forcée visant la « Villa Vigoni », propriété de l'Etat allemand utilisée par le gouvernement de ce dernier à des fins non commerciales, la République italienne a également violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne;
3) en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux qui sont mentionnés au point 1 ci-dessus, la République italienne a une nouvelle fois violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

En conséquence, la République fédérale d'Allemagne prie la Cour de dire et juger que:

(2) by taking measures of constraint against 'Villa Vigoni', German State property used for government non-commercial purposes, also committed violations of Germany's jurisdictional immunity;

(3) by declaring Greek judgments based on occurrences similar to those defined above in request No. 1 enforceable in Italy, committed a further breach of Germany's jurisdictional immunity.

Accordingly, the Federal Republic of Germany prays the Court to adjudge and declare that

(4) the Italian Republic's international responsibility is engaged;
(5) the Italian Republic must, by means of its own choosing, take any and all steps to ensure that all the decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany's sovereign immunity become unenforceable;
(6) the Italian Republic must take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded on the occurrences described in request No. 1 above."

On behalf of the Government of Italy,

in the Counter-Memorial and in the Rejoinder:

"On the basis of the facts and arguments set out [in Italy's Counter-Memorial and Rejoinder], and reserving its right to supplement or amend these Submissions, Italy respectfully requests that the Court adjudge and declare that all the claims of Germany are rejected."

17. At the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Germany,

"Germany respectfully requests the Court to adjudge and declare that the Italian Republic:

(1) by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II between September 1943 and May 1945 to be brought against the Federal Republic of Germany, committed violations of obligations under international law in that it has failed to respect the jurisdictional immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law;

(2) by taking measures of constraint against 'Villa Vigoni', German State property used for government non-commercial purposes, also committed violations of Germany's jurisdictional immunity,

(3) by declaring Greek judgments based on occurrences similar to those defined above in request No. 1 enforceable in Italy, committed a further breach of Germany's jurisdictional immunity.

Accordingly, the Federal Republic of Germany respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

4) la responsabilité internationale de la République italienne est engagée;
5) la République italienne prendra, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne ne puissent être exécutées;
6) la République italienne prendra toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés au point 1 ci-dessus.»

Au nom du Gouvernement de l'Italie,

«[P]our les raisons exposées dans [ses] écritures et lors de [ses] plaidoiries, [l'Italie prie] la Cour [de] di[r]e et juge[r] que les demandes de l'Allemagne sont sans fondement. Il est toutefois entendu ... que l'Italie n'aurait aucune objection à ce que la Cour décide de lui ordonner d'obtenir la mainlevée de l'hypothèque inscrite sur la Villa Vigoni.»

*

18. En conclusion de la déclaration écrite qu'elle a présentée en vertu du paragraphe 1 de l'article 85 du Règlement, la Grèce a notamment indiqué

«que l'effet du jugement que la CIJ prononcera dans cette affaire concernant l'immunité juridictionnelle de l'Etat sera d'une grande importance pour l'ordre juridique italien et cert[ainement] pour l'ordre juridique hellénique.

. . . . . .

En plus, une décision de la CIJ sur les effets du principe de l'immunité juridictionnelle des Etats lorsqu'il est confronté avec une règle du droit international de caractère *jus cogens* — comme l'interdiction de violation des règles fondamentales du droit humanitaire — guidera le juge grec en la matière. Cela aura, ainsi, des effets importants sur des actions juridiques pendantes ou potentielles de la part des individus devant ces tribunaux.»

19. En conclusion des observations orales qu'elle a présentées sur l'objet de l'intervention en vertu du paragraphe 3 de l'article 85 du Règlement, la Grèce a notamment indiqué ce qui suit:

«Une décision de la Cour internationale de Justice sur les effets du principe de l'immunité juridictionnelle des Etats lorsqu'il est confronté avec une règle du droit international de caractère *jus cogens* — comme l'interdiction de violation des règles fondamentales du droit humanitaire — guidera le juge grec... Cela aura ainsi des effets importants sur des actions juridiques qui sont pendantes ou potentielles de la part des individus devant ces tribunaux.

. . . . . .

Le Gouvernement hellénique considère que l'effet du jugement que [la] Cour prononcera dans cette affaire concernant l'immunité juridictionnelle sera d'une grande importance d'abord pour l'ordre juridique italien et, certes, pour l'ordre juridique hellénique.»

* * *

(4) the Italian Republic's international responsibility is engaged;
(5) the Italian Republic must, by means of its own choosing, take any and all steps to ensure that all the decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany's sovereign immunity become unenforceable; and
(6) the Italian Republic must take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded on the occurrences described in request No. 1 above."

On behalf of the Government of Italy,

"[F]or the reasons given in [its] written and oral pleadings, [Italy requests] that the Court adjudge and hold the claims of the Applicant to be unfounded. This request is subject to the qualification that . . . Italy has no objection to any decision by the Court obliging Italy to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled."

*

18. At the end of the written statement submitted by it in accordance with Article 85, paragraph 1, of the Rules of Court, Greece stated *inter alia*

"that the effect of the judgment that the ICJ will hand down in this case concerning the jurisdictional immunity of the State will be of major importance to the Italian legal order and certainly to the Greek legal order.

. . . . . .

Further, an ICJ decision on the effects of the principle of jurisdictional immunity of States when faced with a *jus cogens* rule of international law — such as the prohibition on violation of fundamental rules of humanitarian law — will guide the Greek courts in this regard. It will thus have a significant effect on pending and potential lawsuits brought by individuals before those courts."

19. At the end of the oral observations submitted by it with respect to the subject-matter of the intervention in accordance with Article 85, paragraph 3, of the Rules of Court, Greece stated *inter alia*:

"A decision of the International Court of Justice on the effects of the principle of jurisdictional immunity of States when faced with a *jus cogens* rule of international law — such as the prohibition on violation of fundamental rules of humanitarian law — will guide the Greek courts . . . It will thus have a significant effect on pending and potential lawsuits brought by individuals before those courts.

. . . . . .

The Greek Government considers that the effect of the judgment that [the] Court will hand down in this case concerning jurisdictional immunity will be of major importance, primarily to the Italian legal order and certainly to the Greek legal order."

* * *

I. Contexte historique et factuel

20. La Cour juge utile d'exposer brièvement le contexte historique et factuel de l'affaire. Celui-ci n'est, pour l'essentiel, pas contesté par les Parties.

21. En juin 1940, l'Italie entra en guerre en tant qu'alliée du Reich allemand. En septembre 1943, après la destitution de Mussolini, elle se rendit aux Alliés et, le mois suivant, déclara la guerre à l'Allemagne. Les forces allemandes, qui occupaient cependant une grande partie du territoire italien, se livrèrent, entre le mois d'octobre 1943 et la fin de la guerre, à de nombreuses atrocités contre la population des régions concernées; des civils furent ainsi massacrés, et de nombreux autres, déportés et astreints au travail forcé. Plusieurs centaines de milliers de soldats italiens furent en outre faits prisonniers par les forces allemandes, tant sur le sol italien que dans d'autres parties d'Europe. La plupart de ces détenus (ci-après les «internés militaires italiens») se virent dénier le statut de prisonnier de guerre, et furent déportés en Allemagne ou dans les territoires occupés par celle-ci pour y être soumis au travail forcé.

1. Le traité de paix de 1947

22. Le 10 février 1947, au lendemain de la seconde guerre mondiale, les Puissances alliées conclurent un traité de paix avec l'Italie aux fins de régler, en particulier, les conséquences juridiques et économiques de la guerre avec cet Etat. L'article 77 du traité de paix se lit comme suit:

> «1. A dater de l'entrée en vigueur du présent Traité, les biens en Allemagne de l'Etat et des ressortissants italiens ne seront plus considérés comme biens ennemis et toutes les restrictions résultant de leur caractère ennemi seront levées.
>
> 2. Les biens identifiables de l'Etat et des ressortissants italiens que les forces armées ou les autorités allemandes ont enlevés, par force ou par contrainte, du territoire italien et emportés en Allemagne après le 3 septembre 1943, donneront lieu à restitution.
>
> 3. Le rétablissement des droits de propriété ainsi que la restitution des biens italiens en Allemagne seront effectués conformément aux mesures qui seront arrêtées par les Puissances occupant l'Allemagne.
>
> 4. Sans préjudice de ces dispositions et de toutes autres qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens par les Puissances occupant l'Allemagne, l'Italie renonce, en son nom et au nom des ressortissants italiens, à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands, qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945, à l'exception de celles qui résultent de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur, ainsi que de droits qui étaient acquis avant le 1er septembre 1939. Cette renonciation sera considérée comme

I. Historical and Factual Background

20. The Court finds it useful at the outset to describe briefly the historical and factual background of the case which is largely uncontested between the Parties.

21. In June 1940, Italy entered the Second World War as an ally of the German Reich. In September 1943, following the removal of Mussolini from power, Italy surrendered to the Allies and, the following month, declared war on Germany. German forces, however, occupied much of Italian territory and, between October 1943 and the end of the War, perpetrated many atrocities against the population of that territory, including massacres of civilians and the deportation of large numbers of civilians for use as forced labour. In addition, German forces took prisoner, both inside Italy and elsewhere in Europe, several hundred thousand members of the Italian armed forces. Most of these prisoners (hereinafter the "Italian military internees") were denied the status of prisoner of war and deported to Germany and German-occupied territories for use as forced labour.

1. The Peace Treaty of 1947

22. On 10 February 1947, in the aftermath of the Second World War, the Allied Powers concluded a Peace Treaty with Italy, regulating, in particular, the legal and economic consequences of the war with Italy. Article 77 of the Peace Treaty reads as follows:

> "1. From the coming into force of the present Treaty property in Germany of Italy and of Italian nationals shall no longer be treated as enemy property and all restrictions based on such treatment shall be removed.
>
> 2. Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after September 3, 1943, shall be eligible for restitution.
>
> 3. The restoration and restitution of Italian property in Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of Germany.
>
> 4. Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all intergovernmental claims in respect of arrangements entered into in the

s'appliquant aux créances, à toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au cours de la guerre et à toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre.»

2. La loi fédérale d'indemnisation de 1953

23. En 1953, la République fédérale d'Allemagne adopta la loi fédérale relative à l'indemnisation des victimes de la persécution national-socialiste (*Bundesentschädigungsgesetz* (BEG)) dans le but d'indemniser certaines catégories de victimes. De nombreux ressortissants italiens qui engagèrent des actions sur le fondement de cette loi n'obtinrent pas gain de cause, soit parce qu'ils n'entraient pas dans la catégorie des victimes de la persécution national-socialiste, telle que définie par la BEG, soit parce qu'ils n'avaient pas de domicile ou de résidence permanente en Allemagne, comme le requérait cette loi. Celle-ci fut modifiée en 1965 afin de couvrir les réclamations des personnes qui avaient été persécutées en raison de leur nationalité ou de leur appartenance à un groupe ethnique non allemand, à condition toutefois qu'elles aient eu le statut de réfugié au 1er octobre 1953. Même après cette modification, de nombreux requérants italiens ne purent obtenir réparation au motif qu'ils n'avaient pas le statut de réfugié au 1er octobre 1953. En raison de la manière dont la loi fédérale — telle qu'initialement adoptée puis modifiée en 1965 — était libellée, les actions en justice introduites par des victimes de nationalité étrangère furent généralement rejetées par les juridictions allemandes.

3. Les accords de 1961

24. Le 2 juin 1961, la République fédérale d'Allemagne et l'Italie conclurent deux accords. Le premier (entré en vigueur le 16 septembre 1963) portait sur le «règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier». L'Allemagne, en application de l'article premier, versa des indemnités à l'Italie au titre de «questions économiques pendantes». L'article 2 de cet accord était ainsi libellé:

«1. Le Gouvernement italien déclare que toutes les réclamations pendantes de la République italienne ou de personnes physiques ou morales italiennes contre la République fédérale d'Allemagne ou contre des personnes physiques ou morales allemandes sont réglées, pour autant qu'elles soient fondées sur des droits et situations de fait nés au cours de la période allant du 1er septembre 1939 au 8 mai 1945.
2. Le Gouvernement italien garantira la République fédérale d'Allemagne et les personnes physiques ou morales allemandes contre toute poursuite judiciaire ou autre action engagée par des personnes physiques ou morales italiennes ayant un rapport avec les réclamations susmentionnées.» *[Traduction du Greffe.]*

course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war."

2. The Federal Compensation Law of 1953

23. In 1953, the Federal Republic of Germany adopted the Federal Compensation Law concerning Victims of National Socialist Persecution (*Bundesentschädigungsgesetz* (BEG)) in order to compensate certain categories of victims of Nazi persecution. Many claims by Italian nationals under the Federal Compensation Law were unsuccessful, either because the claimants were not considered victims of national Socialist persecution within the definition of the Federal Compensation Law, or because they had no domicile or permanent residence in Germany, as required by that Law. The Federal Compensation Law was amended in 1965 to cover claims by persons persecuted because of their nationality or their membership in a non-German ethnic group, while requiring that the persons in question had refugee status on 1 October 1953. Even after the Law was amended in 1965, many Italian claimants still did not qualify for compensation because they did not have refugee status on 1 October 1953. Because of the specific terms of the Federal Compensation Law as originally adopted and as amended in 1965, claims brought by victims having foreign nationality were generally dismissed by the German courts.

3. The 1961 Agreements

24. On 2 June 1961, two Agreements were concluded between the Federal Republic of Germany and Italy. The first Agreement, which entered into force on 16 September 1963, concerned the "settlement of certain property-related, economic and financial questions". Under Article 1 of that Agreement, Germany paid compensation to Italy for "outstanding questions of an economic nature". Article 2 of the Agreement provided as follows:

> "(1) The Italian Government declares all outstanding claims on the part of the Italian Republic or Italian natural or legal persons against the Federal Republic of Germany or German natural or legal persons to be settled to the extent that they are based on rights and circumstances which arose during the period from 1 September 1939 to 8 May 1945.
>
> (2) The Italian Government shall indemnify the Federal Republic of Germany and German natural or legal persons for any possible judicial proceedings or other legal action by Italian natural or legal persons in relation to the above-mentioned claims."

25. Le second accord (entré en vigueur le 31 juillet 1963) portait sur l'«indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste». En vertu de cet accord, la République fédérale d'Allemagne s'engagea à verser des indemnités aux ressortissants italiens victimes de telles mesures. Aux termes de l'article premier de cet accord, l'Allemagne accepta de verser à l'Italie la somme de quarante millions de marks allemands

> «en faveur des ressortissants italiens qui, en raison de leur race, croyance ou idéologie, [avaie]nt fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste et qui, à la suite de ces mesures de persécution, [avaie]nt subi une privation de liberté ou des atteintes à leur santé, ainsi qu'en faveur des ayants droit des personnes qui [étaient] décédées à la suite de telles mesures» *[traduction du Greffe]*.

L'article 3 de cet accord se lit comme suit:

> «Le paiement prévu à l'article premier porte règlement définitif entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne de toutes les questions faisant l'objet du présent traité, sans préjudice des droits éventuels de ressortissants italiens fondés sur la législation allemande en matière d'indemnisation.» *[Traduction du Greffe.]*

4. La loi portant création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir»

26. Le 2 août 2000 fut adoptée en Allemagne une loi fédérale portant création d'une fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (ci-après la «loi fédérale de 2000»), en vue d'indemniser les personnes qui avaient été soumises au travail forcé «et à d'autres injustices au cours de la période national-socialiste» (art. 2, par. 1). La fondation ne versait pas directement d'argent aux bénéficiaires de ladite loi, mais effectuait des versements à des «organisations partenaires», parmi lesquelles l'Organisation internationale pour les migrations à Genève. L'article 11 de ce même texte assortissait le droit à réparation de certaines limites. L'un des effets de cette disposition était d'exclure de ce droit les personnes ayant eu le statut de prisonnier de guerre, à moins qu'elles n'aient été détenues dans des camps de concentration ou n'entraient dans d'autres catégories particulières. La raison donnée dans le commentaire officiel de cette disposition dont était assorti le projet de loi était que les prisonniers de guerre «p[ouvaient], en vertu des règles du droit international, être astreints au travail par la puissance détentrice» *[traduction du Greffe]* (*Bundestagsdrucksache* 14/3206, en date du 13 avril 2000).

Des milliers d'anciens internés militaires italiens qui, ainsi que cela a été précisé ci-dessus, s'étaient vu refuser le statut de prisonnier de guerre par le Reich allemand (voir paragraphe 21) présentèrent des demandes d'indemnisation au titre de la loi fédérale de 2000. En 2001, les autorités

25. The second Agreement, which entered into force on 31 July 1963, concerned "compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution". By virtue of this Agreement, the Federal Republic of Germany undertook to pay compensation to Italian nationals affected by those measures. Under Article 1 of that Agreement, Germany agreed to pay Italy forty million Deutsche marks

> "for the benefit of Italian nationals who, on grounds of their race, faith or ideology were subjected to National-Socialist measures of persecution and who, as a result of those persecution measures, suffered loss of liberty or damage to their health, and for the benefit of the dependents of those who died in consequence of such measures".

Article 3 of that Agreement provided as follows:

> "Without prejudice to any rights of Italian nationals based on German compensation legislation, the payment provided for in Article 1 shall constitute final settlement between the Federal Republic of Germany and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty."

4. Law Establishing the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation

26. On 2 August 2000, a federal law was adopted in Germany, establishing a "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation (hereinafter the "2000 Federal Law") to make funds available to individuals who had been subjected to forced labour and "other injustices from the National Socialist period" (Sec. 2, para. 1). The Foundation did not provide money directly to eligible individuals under the 2000 Federal Law but instead to "partner organizations", including the International Organization for Migration in Geneva. Article 11 of the 2000 Federal Law placed certain limits on entitlement to compensation. One effect of this provision was to exclude from the right to compensation those who had had the status of prisoner of war, unless they had been detained in concentration camps or came within other specified categories. The reason given in the official commentary to this provision, which accompanied the draft law, was that prisoners of war "may, according to the rules of international law, be put to work by the detaining power" *[translation by the Registry]* (*Bundestagsdrucksache* 14/3206, 13 April 2000).

Thousands of former Italian military internees, who, as noted above, had been denied the status of prisoner of war by the German Reich (see paragraph 21), applied for compensation under the 2000 Federal Law. In 2001, the German authorities took the view that, under the rules of inter-

allemandes estimèrent que, au regard des règles du droit international, le Reich allemand n'avait pas pu, de manière unilatérale, modifier le statut de prisonnier de guerre des internés militaires italiens pour leur conférer celui de travailleur civil. Selon elles, les internés militaires italiens n'avaient donc jamais perdu leur statut premier et étaient dès lors exclus du bénéfice de la loi fédérale de 2000. En conséquence, la majorité des demandes d'indemnisation présentées par des internés militaires italiens furent rejetées. Certains d'entre eux tentèrent vainement de contester cette décision et d'obtenir réparation devant les juridictions allemandes. Celles-ci jugèrent, à plusieurs reprises, que les intéressés n'avaient pas droit à réparation en vertu de la loi fédérale de 2000 au motif qu'ils étaient d'anciens prisonniers de guerre. Le 28 juin 2004, une chambre de la Cour constitutionnelle allemande *(Bundesverfassungsgericht)* estima que le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi fédérale de 2000, qui excluait les prisonniers de guerre du bénéfice de l'indemnisation, ne violait pas le droit à l'égalité devant la loi garanti par la Constitution allemande et qu'il n'existait pas en droit international public de droit individuel à réparation pour cause de travail forcé.

Le 20 décembre 2004, un groupe d'anciens internés militaires italiens déposa une requête contre l'Allemagne devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le 4 septembre 2007, une chambre de la Cour européenne déclara la requête irrecevable au motif qu'elle était «incompatible *ratione materiae*» avec les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles (*Associazione nazionale reduci et 275 autres c. Allemagne*, décision du 4 septembre 2007, requête n° 45563/04).

5. Les procédures engagées devant les juridictions italiennes

A. Les actions introduites par des ressortissants italiens

27. Le 23 septembre 1998, M. Luigi Ferrini, ressortissant italien arrêté en août 1944 et déporté en Allemagne, où il fut détenu et contraint de travailler dans une usine de munitions jusqu'à la fin de la guerre, intenta une action contre la République fédérale d'Allemagne devant le tribunal d'Arezzo *(Tribunale di Arezzo)* en Italie. Le 3 novembre 2000, le tribunal d'Arezzo débouta M. Luigi Ferrini de sa demande, jugée irrecevable au motif que, en tant qu'Etat souverain, l'Allemagne était protégée par son immunité juridictionnelle. Dans un arrêt en date du 16 novembre 2001, enregistré le 14 janvier 2002, la Cour d'appel de Florence *(Corte di Appello di Firenze)* rejeta pour les mêmes motifs le recours formé par le demandeur. Le 11 mars 2004, toutefois, la Cour de cassation italienne *(Corte di Cassazione)*, considérant que l'immunité ne s'appliquait pas lorsque l'acte incriminé constituait un crime international, décidait que les juridictions italiennes pouvaient connaître de l'action en réparation engagée à l'encontre de l'Allemagne par M. Luigi Ferrini (*Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, décision n° 5044/2004, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 87, 2004, p. 539; *International Law Reports (ILR)*, vol. 128,

national law, the German Reich had not been able unilaterally to change the status of the Italian military internees from prisoners of war to that of civilian workers. Therefore, according to the German authorities, the Italian military internees had never lost their prisoner-of-war status, with the result that they were excluded from the benefits provided under the 2000 Federal Law. On this basis, an overwhelming majority of requests for compensation lodged by Italian military internees was rejected. Attempts by former Italian military internees to challenge that decision and seek redress in the German courts were unsuccessful. In a number of decisions, German courts ruled that the individuals in question were not entitled to compensation under the 2000 Federal Law because they had been prisoners of war. On 28 June 2004, a Chamber of the German Constitutional Court *(Bundesverfassungsgericht)* held that Article 11, paragraph 3, of the 2000 Federal Law, which excluded reparation for prisoners of war, did not violate the right to equality before the law guaranteed by the German Constitution, and that public international law did not establish an individual right to compensation for forced labour.

A group of former Italian military internees filed an application against Germany before the European Court of Human Rights on 20 December 2004. On 4 September 2007, a Chamber of that Court declared that the application was "incompatible *ratione materiae*" with the provisions of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols and therefore was declared inadmissible (*Associazione Nazionale Reduci and 275 Others* v. *Germany*, decision of 4 September 2007, application No. 45563/04).

5. Proceedings before Italian Courts

A. Cases involving Italian nationals

27. On 23 September 1998, Mr. Luigi Ferrini, an Italian national who had been arrested in August 1944 and deported to Germany, where he was detained and forced to work in a munitions factory until the end of the war, instituted proceedings against the Federal Republic of Germany in the Court of Arezzo *(Tribunale di Arezzo)* in Italy. On 3 November 2000, the Court of Arezzo decided that Mr. Luigi Ferrini's claim was inadmissible because Germany, as a sovereign State, was protected by jurisdictional immunity. By a judgment of 16 November 2001, registered on 14 January 2002, the Court of Appeal of Florence *(Corte di Appello di Firenze)* dismissed the appeal of the claimant on the same grounds. On 11 March 2004, the Italian Court of Cassation *(Corte di Cassazione)* held that Italian courts had jurisdiction over the claims for compensation brought against Germany by Mr. Luigi Ferrini on the ground that immunity does not apply in circumstances in which the act complained of constitutes an international crime (*Ferrini* v. *Federal Republic of Germany*, decision No. 5044/2004 (*Rivista di diritto internazionale*, Vol. 87, 2004, p. 539; *International Law Reports (ILR)*, Vol. 128, p. 658)). The case was

p. 658). L'affaire fut alors renvoyée devant le tribunal d'Arezzo qui, dans une décision en date du 12 avril 2007, conclut qu'il avait effectivement compétence pour connaître de l'affaire mais que l'action en réparation était forclose. La décision du tribunal d'Arezzo fut ultérieurement infirmée par la Cour d'appel de Florence qui, dans un arrêt du 17 février 2011, décida que l'Allemagne devait verser des dommages-intérêts à M. Luigi Ferrini. L'Allemagne fut en outre condamnée aux dépens. La Cour d'appel considéra en particulier que l'immunité juridictionnelle n'avait pas un caractère absolu et ne pouvait être invoquée par un Etat ayant commis des actes constituant des crimes au regard du droit international.

28. A la suite de l'arrêt *Ferrini* de la Cour de cassation italienne du 11 mars 2004, douze plaignants engagèrent une procédure contre l'Allemagne devant le tribunal de Turin *(Tribunale di Torino)* le 13 avril 2004 en l'affaire *Giovanni Mantelli et autres*. Le 28 avril 2004, M. Liberato Maietta introduisait une instance contre l'Allemagne devant le tribunal de Sciacca *(Tribunale di Sciacca)*. Dans ces deux affaires, qui ont trait à des actes de déportation et de travail forcé en Allemagne entre 1943 et 1945, l'Allemagne forma un recours devant la Cour de cassation italienne, avant qu'une décision ne soit rendue sur le fond, afin que cette Cour déclare incompétentes les juridictions italiennes («regolamento preventivo di giurisdizione»). Par deux ordonnances rendues le 29 mai 2008 dans les affaires *Giovanni Mantelli et autres* et *Liberato Maietta* (ordonnance n° 14201 (Mantelli), *Foro italiano*, vol. 134, 2009, I, p. 1568; ordonnance n° 14209 (Maietta), *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91, 2008, p. 896), la Cour de cassation italienne confirma que les tribunaux italiens étaient compétents pour connaître des demandes introduites contre l'Allemagne. Un certain nombre de demandes similaires introduites contre l'Allemagne sont actuellement pendantes devant la justice italienne.

29. La Cour de cassation italienne confirma également le raisonnement de l'arrêt *Ferrini* dans un contexte différent, celui des poursuites engagées contre M. Max Josef Milde, membre de la division «Hermann Göring» au sein des forces armées allemandes, pour sa participation aux massacres perpétrés le 29 juin 1944 à Civitella (Val di Chiana), Cornia et San Pancrazio en Italie. Le tribunal militaire de La Spezia *(Tribunale Militare di La Spezia)* avait jugé M. Milde par contumace, prononcé à son encontre une peine de réclusion à perpétuité et l'avait condamné, avec l'Allemagne, à verser des indemnités aux ayants droit des victimes du massacre qui s'étaient constitués parties civiles (décision du 10 octobre 2006 (enregistrée le 2 février 2007)). L'Allemagne avait interjeté appel de cette décision, en tant qu'elle la condamnait, devant la Cour militaire d'appel de Rome *(Corte Militare di Appello di Roma)*. Cet appel fut rejeté le 18 décembre 2007. Dans un arrêt rendu le 21 octobre 2008 (enregistré le 13 janvier 2009), la Cour de cassation italienne rejeta l'exception d'incompétence invoquée par l'Allemagne et confirma son raisonnement dans l'arrêt *Ferrini*, selon lequel l'immunité juridictionnelle devait être levée lorsqu'un Etat avait commis des actes constituant des crimes au regard du droit international (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, 2009, p. 618).

then referred back to the Court of Arezzo, which held in a judgment dated 12 April 2007 that, although it had jurisdiction to entertain the case, the claim to reparation was time-barred. The judgment of the Court of Arezzo was reversed on appeal by the Court of Appeal of Florence, which held in a judgment dated 17 February 2011 that Germany should pay damages to Mr. Luigi Ferrini as well as his case-related legal costs incurred in the course of the judicial proceedings in Italy. In particular, the Court of Appeal of Florence held that jurisdictional immunity is not absolute and cannot be invoked by a State in the face of acts by that State which constitute crimes under international law.

28. Following the *Ferrini* judgment of the Italian Court of Cassation dated 11 March 2004, twelve claimants brought proceedings against Germany in the Court of Turin *(Tribunale di Torino)* on 13 April 2004 in the case concerning *Giovanni Mantelli and Others*. On 28 April 2004, Liberato Maietta filed a case against Germany before the Court of Sciacca *(Tribunale di Sciacca)*. In both cases, which relate to acts of deportation to, and forced labour in, Germany which took place between 1943 and 1945, an interlocutory appeal requesting a declaration of lack of jurisdiction ("regolamento preventivo di giurisdizione") was filed by Germany before the Italian Court of Cassation. By two orders of 29 May 2008 issued in the *Giovanni Mantelli and Others* and the *Liberato Maietta* cases (order No. 14201 (Mantelli), *Foro italiano*, Vol. 134, 2009, I, p. 1568; order No. 14209 (Maietta), *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 91, 2008, p. 896), the Italian Court of Cassation confirmed that the Italian courts had jurisdiction over the claims against Germany. A number of similar claims against Germany are currently pending before Italian courts.

29. The Italian Court of Cassation also confirmed the reasoning of the *Ferrini* judgment in a different context in proceedings brought against Mr. Max Josef Milde, a member of the "Hermann Göring" division of the German armed forces, who was charged with participation in massacres committed on 29 June 1944 in Civitella (Val di Chiana), Cornia and San Pancrazio in Italy. The Military Court of La Spezia *(Tribunale Militare di La Spezia)* sentenced Mr. Milde *in absentia* to life imprisonment and ordered Mr. Milde and Germany, jointly and severally, to pay reparation to the successors in title of the victims of the massacre who appeared as civil parties in the proceedings (judgment of 10 October 2006 (registered on 2 February 2007)). Germany appealed to the Military Court of Appeals in Rome *(Corte Militare di Appello di Roma)* against that part of the decision, which condemned it. On 18 December 2007 the Military Court of Appeals dismissed the appeal. In a judgment of 21 October 2008 (registered on 13 January 2009), the Italian Court of Cassation rejected Germany's argument of lack of jurisdiction and confirmed its reasoning in the *Ferrini* judgment that in cases of crimes under international law, the jurisdictional immunity of States should be set aside (*Rivista di diritto internazionale*, Vol. 92, 2009, p. 618).

B. Les actions introduites par des ressortissants grecs

30. Le 10 juin 1944, alors que la Grèce était occupée par l'Allemagne, les forces armées allemandes perpétrèrent un massacre dans le village de Distomo, tuant de nombreux civils. En 1995, les ayants droit des victimes de ce massacre engagèrent une action contre l'Allemagne afin d'obtenir réparation des pertes humaines et matérielles subies. Dans un jugement rendu par défaut le 25 septembre 1997 (et lu en audience publique le 30 octobre 1997), le tribunal grec de première instance *(Protodikeio)* de Livadia condamna l'Allemagne et accorda des dommages-intérêts aux ayants droit des victimes. Le 4 mai 2000, la Cour de cassation grecque *(Areios Pagos)* rejeta le pourvoi formé par l'Allemagne (*Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 11/2000, *ILR*, vol. 129, p. 513 (l'affaire *Distomo*)). Cependant, aux termes de l'article 923 du code de procédure civile grec, une décision rendue contre un Etat étranger ne peut être exécutée en Grèce qu'avec l'autorisation du ministre de la justice. Bien que sollicitée, cette autorisation ne fut pas accordée en l'affaire *Distomo*. Les décisions rendues à l'encontre de l'Allemagne sont donc demeurées inexécutées en Grèce.

31. Les requérants en l'affaire *Distomo* introduisirent une instance contre la Grèce et l'Allemagne devant la Cour européenne des droits de l'homme, alléguant que ces Etats avaient violé le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'article premier du protocole n° 1 à cette convention en refusant de se conformer à la décision du tribunal de première instance de Livadia en date du 25 septembre 1997 (en ce qui concerne l'Allemagne) et en ne permettant pas que soit exécutée cette décision (en ce qui concerne la Grèce). Dans sa décision du 12 décembre 2002, la Cour européenne des droits de l'homme, se référant au principe de l'immunité de l'Etat, déclara irrecevable la requête que les requérants lui avaient soumise (*Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, requête n° 59021/00, décision du 12 décembre 2002, *CEDH Recueil* 2002-X, p. 391 ; *ILR*, vol. 129, p. 537).

32. Les requérants grecs saisirent la justice allemande afin de rendre exécutoire en Allemagne le jugement prononcé le 25 septembre 1997 par le tribunal grec de première instance de Livadia, tel que confirmé le 4 mai 2000 par la Cour de cassation grecque. Dans son arrêt du 26 juin 2003, la Cour suprême fédérale allemande *(Bundesgerichtshof)* considéra que les décisions de justice grecques susvisées ne pouvaient être reconnues dans l'ordre juridique allemand car elles avaient été rendues en violation du droit de l'Allemagne à l'immunité (*Ressortissants grecs c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° III ZR 245/98, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2003, p. 3488 ; *ILR*, vol. 129, p. 556).

33. Les requérants grecs cherchèrent ensuite à rendre exécutoires sur le sol italien les décisions de justice grecques rendues en l'affaire *Distomo*. La Cour d'appel de Florence rendit une décision datée du 2 mai 2005 (enregistrée le 5 mai 2005) déclarant exécutoire en Italie l'arrêt de la Cour

B. Cases involving Greek nationals

30. On 10 June 1944, during the German occupation of Greece, German armed forces committed a massacre in the Greek village of Distomo, involving many civilians. In 1995, relatives of the victims of the massacre who claimed compensation for loss of life and property commenced proceedings against Germany. The Greek Court of First Instance *(Protodikeio)* of Livadia rendered a judgment in default on 25 September 1997 (and read out in court on 30 October 1997) against Germany and awarded damages to the successors in title of the victims of the massacre. Germany's appeal of that judgment was dismissed by the Hellenic Supreme Court *(Areios Pagos)* on 4 May 2000 (*Prefecture of Voiotia* v. *Federal Republic of Germany*, case No. 11/2000 (*ILR*, Vol. 129, p. 513) (the *Distomo* case)). Article 923 of the Greek Code of Civil Procedure requires authorization from the Minister for Justice to enforce a judgment against a foreign State in Greece. That authorization was requested by the claimants in the *Distomo* case but was not granted. As a result, the judgments against Germany have remained unexecuted in Greece.

31. The claimants in the *Distomo* case brought proceedings against Greece and Germany before the European Court of Human Rights alleging that Germany and Greece had violated Article 6, paragraph 1, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 1 of Protocol No. 1 to that Convention by refusing to comply with the decision of the Court of First Instance of Livadia dated 25 September 1997 (as to Germany) and failing to permit execution of that decision (as to Greece). In its decision of 12 December 2002, the European Court of Human Rights, referring to the rule of State immunity, held that the claimants' application was inadmissible (*Kalogeropoulou and Others* v. *Greece and Germany*, application No. 59021/00, decision of 12 December 2002, *ECHR Reports* 2002-X, p. 417; *ILR*, Vol. 129, p. 537).

32. The Greek claimants brought proceedings before the German courts in order to enforce in Germany the judgment rendered on 25 September 1997 by the Greek Court of First Instance of Livadia, as confirmed on 4 May 2000 by the Hellenic Supreme Court. In its judgment of 26 June 2003, the German Federal Supreme Court *(Bundesgerichtshof)* held that those Greek judicial decisions could not be recognized within the German legal order because they had been given in breach of Germany's entitlement to State immunity (*Greek Citizens* v. *Federal Republic of Germany*, case No. III ZR 245/98, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2003, p. 3488; *ILR*, Vol. 129, p. 556).

33. The Greek claimants then sought to enforce the judgments of the Greek courts in the *Distomo* case in Italy. The Court of Appeal of Florence held in a decision dated 2 May 2005 (registered on 5 May 2005) that the order contained in the judgment of the Hellenic Supreme Court,

de cassation grecque en tant qu'il condamnait l'Allemagne aux dépens. Par une décision datée du 6 février 2007 (enregistrée le 22 mars 2007), la Cour d'appel de Florence rejeta l'opposition formée par l'Allemagne contre la décision du 2 mai 2005 (*Foro italiano*, vol. 133, 2008, I, p. 1308). Dans un arrêt daté du 6 mai 2008 (enregistré le 29 mai 2008), la Cour de cassation italienne confirma la décision de la Cour d'appel de Florence (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, 2009, p. 594).

34. S'agissant de la question des indemnités à verser aux requérants grecs par l'Allemagne, la Cour d'appel de Florence déclara, dans une décision du 13 juin 2006 (enregistrée le 16 juin 2006), que le jugement rendu par le tribunal de première instance de Livadia le 25 septembre 1997 était exécutoire en Italie. Dans un arrêt daté du 21 octobre 2008 (enregistré le 25 novembre 2008), cette même Cour d'appel rejeta l'opposition formée par le Gouvernement allemand contre la décision rendue le 13 juin 2006. Dans un arrêt du 12 janvier 2011 (enregistré le 20 mai 2011), la Cour de cassation italienne confirma la décision de la Cour d'appel de Florence.

35. En application de la décision de la Cour d'appel de Florence en date du 13 juin 2006, les requérants grecs firent enregistrer auprès du cadastre (*Agenzia del Territorio*) de la province de Côme, le 7 juin 2007, une hypothèque judiciaire (*ipoteca giudiziale*) sur la Villa Vigoni, bien de l'Etat allemand situé près du lac de Côme. Dans ses réquisitions du 6 juin 2008 devant le tribunal de Côme (*Tribunale di Como*), l'avocat général du ressort de la Cour d'appel de Milan (*Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano*) soutint que cette hypothèque devait être levée. Par l'effet du décret-loi n° 63 du 28 avril 2010, de la loi n° 98 du 23 juin 2010 et du décret-loi n° 216 du 29 décembre 2011, celle-ci fut suspendue dans l'attente de la décision de la Cour internationale de Justice en la présente espèce.

36. A la suite de l'introduction, en 1995, de l'instance *Distomo*, des ressortissants grecs portèrent devant des juridictions grecques une autre affaire contre l'Allemagne, l'affaire *Margellos*, laquelle avait trait à des demandes d'indemnisation à raison d'actes perpétrés par les forces allemandes dans le village grec de Lidoriki en 1944. En 2001, la Cour de cassation grecque renvoya cette affaire devant le Tribunal supérieur spécial (*Anotato Eidiko Dikastirio*) — lequel a, en vertu de l'article 100 de la Constitution grecque, compétence pour «le règlement des contestations relatives à la détermination des règles de droit international généralement reconnues» [*traduction du Greffe*] —, le priant de trancher la question de savoir si les règles relatives à l'immunité de l'Etat couvraient les actes en cause dans l'affaire *Margellos*. Par une décision en date du 17 septembre 2002, le Tribunal supérieur spécial estima que, en l'état actuel du droit international, l'Etat allemand bénéficiait de l'immunité (*Margellos c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 6/2002, *ILR*, vol. 129, p. 525).

imposing an obligation on Germany to reimburse the legal expenses for the judicial proceedings before that Court, was enforceable in Italy. In a decision dated 6 February 2007 (registered on 22 March 2007), the Court of Appeal of Florence rejected the objection raised by Germany against the decision of 2 May 2005 (*Foro italiano*, Vol. 133, 2008, I, p. 1308). The Italian Court of Cassation, in a judgment dated 6 May 2008 (registered on 29 May 2008), confirmed the ruling of the Court of Appeal of Florence (*Rivista di diritto internazionale*, Vol. 92, 2009, p. 594).

34. Concerning the question of reparations to be paid to Greek claimants by Germany, the Court of Appeal of Florence declared, by a decision dated 13 June 2006 (registered on 16 June 2006), that the judgment of the Court of First Instance of Livadia dated 25 September 1997 was enforceable in Italy. In a judgment dated 21 October 2008 (registered on 25 November 2008), the Court of Appeal of Florence rejected the objection by the German Government against the decision of 13 June 2006. The Italian Court of Cassation, in a judgment dated 12 January 2011 (registered on 20 May 2011), confirmed the ruling of the Court of Appeal of Florence.

35. On 7 June 2007, the Greek claimants, pursuant to the decision by the Court of Appeal of Florence of 13 June 2006, registered with the Como provincial office of the Italian Land Registry (*Agenzia del Territorio*) a legal charge (*ipoteca giudiziale*) over Villa Vigoni, a property of the German State near Lake Como. The State Legal Service for the District of Milan (*Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano*), in a submission dated 6 June 2008 and made before the Court of Como (*Tribunale di Como*), maintained that the charge should be cancelled. Under Decree-Law No. 63 of 28 April 2010, Law No. 98 of 23 June 2010 and Decree-Law No. 216 of 29 December 2011, the legal charge was suspended pending the decision of the International Court of Justice in the present case.

36. Following the institution of proceedings in the *Distomo* case in 1995, another case was brought against Germany by Greek nationals before Greek courts — referred to as the *Margellos* case — involving claims for compensation for acts committed by German forces in the Greek village of Lidoriki in 1944. In 2001, the Hellenic Supreme Court referred that case to the Special Supreme Court (*Anotato Eidiko Dikastirio*), which, in accordance with Article 100 of the Constitution of Greece, has jurisdiction in relation to "the settlement of controversies regarding the determination of generally recognized rules of international law" *[translation by the Registry]*, requesting it to decide whether the rules on State immunity covered acts referred to in the *Margellos* case. By a decision of 17 September 2002, the Special Supreme Court found that, in the present state of development of international law, Germany was entitled to State immunity (*Margellos* v. *Federal Republic of Germany*, case No. 6/2002, *ILR*, Vol. 129, p. 525).

II. L'objet du différend et la compétence de la Cour

37. Les conclusions présentées à la Cour par l'Allemagne sont restées identiques tout au long de la procédure (voir paragraphes 15, 16 et 17 ci-dessus).

L'Allemagne prie la Cour, en substance, de dire que l'Italie n'a pas respecté l'immunité de juridiction que lui reconnaît le droit international en permettant que des actions civiles soient intentées contre elle devant des tribunaux italiens, tendant à la réparation de dommages causés par des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale; que l'Italie a aussi violé l'immunité de l'Allemagne en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni, propriété de l'Etat allemand située en territoire italien; qu'elle a également méconnu l'immunité de juridiction de l'Allemagne en déclarant exécutoires en Italie des décisions judiciaires grecques condamnant civilement l'Allemagne pour des faits comparables à ceux ayant donné lieu aux actions intentées devant des tribunaux italiens. En conséquence, la demanderesse prie la Cour de déclarer que la responsabilité internationale de l'Italie est engagée, et d'ordonner à la défenderesse de prendre diverses mesures à titre de réparations.

38. L'Italie, pour sa part, prie la Cour de juger que les demandes de l'Allemagne sont dépourvues de fondement, et en conséquence de les rejeter, à l'exception du chef de conclusions relatif aux mesures d'exécution prises à l'égard de la Villa Vigoni, au sujet duquel la défenderesse indique à la Cour qu'elle n'aurait pas d'objection à ce qu'elle lui ordonne de mettre fin auxdites mesures.

Dans son contre-mémoire, l'Italie avait présenté une demande reconventionnelle «portant sur la question des réparations dues aux victimes italiennes des graves violations du droit international humanitaire commises par les forces du Reich allemand»; cette demande a été rejetée par l'ordonnance de la Cour en date du 6 juillet 2010 au motif qu'elle ne relevait pas de sa compétence et que, par suite, elle était irrecevable au titre du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement (voir paragraphe 5 ci-dessus).

*

39. L'objet d'un différend soumis à la Cour est délimité par les demandes qui lui sont présentées par les parties. En la présente espèce, puisque la Cour n'est plus saisie d'aucune demande reconventionnelle et que l'Italie la prie de «juger que les demandes de l'Allemagne sont sans fondement», ce sont ces dernières qui délimitent l'objet du différend que la Cour est appelée à trancher. C'est au regard de ces demandes qu'il appartient à la Cour de rechercher si elle est compétente pour connaître de l'affaire.

40. L'Italie s'est abstenue de soulever une quelconque objection relativement à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête.

II. The Subject-Matter of the Dispute and the Jurisdiction of the Court

37. The submissions presented to the Court by Germany have remained unchanged throughout the proceedings (see paragraphs 15, 16 and 17 above). Germany requests the Court, in substance, to find that Italy has failed to respect the jurisdictional immunity which Germany enjoys under international law by allowing civil claims to be brought against it in the Italian courts, seeking reparation for injuries caused by violations of international humanitarian law committed by the German Reich during the Second World War; that Italy has also violated Germany's immunity by taking measures of constraint against Villa Vigoni, German State property situated in Italian territory; and that it has further breached Germany's jurisdictional immunity by declaring enforceable in Italy decisions of Greek civil courts rendered against Germany on the basis of acts similar to those which gave rise to the claims brought before Italian courts. Consequently, the Applicant requests the Court to declare that Italy's international responsibility is engaged and to order the Respondent to take various steps by way of reparation.

38. Italy, for its part, requests the Court to adjudge Germany's claims to be unfounded and therefore to reject them, apart from the submission regarding the measures of constraint taken against Villa Vigoni, on which point the Respondent indicates to the Court that it would have no objection to the latter ordering it to bring the said measures to an end.

In its Counter-Memorial, Italy submitted a counter-claim "with respect to the question of the reparation owed to Italian victims of grave violations of international humanitarian law committed by forces of the German Reich"; this claim was dismissed by the Court's Order of 6 July 2010, on the grounds that it did not fall within the jurisdiction of the Court and was consequently inadmissible under Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court (see paragraph 5 above).

•

39. The subject-matter of a dispute brought before the Court is delimited by the claims submitted to it by the parties. In the present case, since there is no longer any counter-claim before the Court and Italy has requested the Court to "adjudge Germany's claims to be unfounded", it is those claims that delimit the subject-matter of the dispute which the Court is called upon to settle. It is in respect of those claims that the Court must determine whether it has jurisdiction to entertain the case.

40. Italy has raised no objection of any kind regarding the jurisdiction of the Court or the admissibility of the Application.

Selon une jurisprudence bien établie, cependant, la Cour « n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et ... doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office » (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan), arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13).

41. La requête de l'Allemagne a été introduite sur la base de la compétence attribuée à la Cour par l'article premier de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, aux termes duquel :

> « Les hautes parties contractantes soumettront pour jugement à la Cour internationale de Justice tous les différends juridiques relevant du droit international qui s'élèveraient entre elles et notamment ceux ayant pour objet :
>
> *a)* l'interprétation d'un traité ;
> *b)* tout point de droit international ;
> *c)* la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation internationale ;
> *d)* la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'une obligation internationale. »

42. L'alinéa *a)* de l'article 27 de la même convention limite le champ d'application *ratione temporis* de cet instrument en excluant son applicabilité « aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la ... convention entre les parties au différend ». La convention est entrée en vigueur entre l'Allemagne et l'Italie le 18 avril 1961.

43. Les demandes soumises par l'Allemagne à la Cour sont assurément relatives à des « différends juridiques relevant du droit international », au sens de l'article premier précité, opposant deux Etats qui, ainsi qu'il vient d'être dit, étaient l'un et l'autre parties à la convention européenne à la date d'introduction de la requête, et le sont d'ailleurs toujours.

44. La clause de limitation *ratione temporis* de l'article 27 précité n'est pas applicable aux demandes de l'Allemagne. En effet, le différend auquel ces demandes se rapportent ne « concern[e] [pas] des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la ... convention entre les parties au différend », c'est-à-dire antérieurs au 18 avril 1961. Les « faits ou situations » qui ont donné naissance au différend dont la Cour est saisie sont constitués par les décisions judiciaires italiennes ayant dénié à l'Allemagne l'immunité de juridiction qu'elle revendiquait, et par des mesures de contrainte exécutées sur des biens appartenant à l'Allemagne. Ces décisions et mesures ont été adoptées entre 2004 et 2011, soit bien après l'entrée en vigueur entre les Parties de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends. Il est vrai que les litiges auxquels se rapportent les procédures judiciaires en cause ont pour objet la réparation des dommages causés par des actes des forces armées allemandes en 1943-1945. Mais, devant la Cour, l'Allemagne ne se plaint pas de ce qu'ont décidé sur le fond, à ce sujet, les tribunaux italiens ; elle se plaint seulement de ce que ses immunités de juridiction et d'exécution auraient

Nevertheless, according to well-established jurisprudence, the Court "must . . . always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into the matter *proprio motu*" (*Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India* v. *Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13).

41. Germany's Application was filed on the basis of the jurisdiction conferred on the Court by Article 1 of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, under the terms of which:

> "The High Contracting Parties shall submit to the judgement of the International Court of Justice all international legal disputes which may arise between them including, in particular, those concerning:
>
> *(a)* the interpretation of a treaty;
> *(b)* any question of international law;
> *(c)* the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
> *(d)* the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation."

42. Article 27, subparagraph *(a)*, of the same Convention limits the scope of that instrument *ratione temporis* by stating that it shall not apply to "disputes relating to facts or situations prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute". The Convention entered into force as between Germany and Italy on 18 April 1961.

43. The claims submitted to the Court by Germany certainly relate to "international legal disputes" within the meaning of Article 1 as cited above, between two States which, as has just been said, were both parties to the Convention on the date when the Application was filed, and indeed continue to be so.

44. The clause in the above-mentioned Article 27 imposing a limitation *ratione temporis* is not applicable to Germany's claims: the dispute which those claims concern does not "relat[e] to facts or situations prior to the entry into force of th[e] Convention as between the parties to the dispute", i.e., prior to 18 April 1961. The "facts or situations" which have given rise to the dispute before the Court are constituted by Italian judicial decisions that denied Germany the jurisdictional immunity which it claimed, and by measures of constraint applied to property belonging to Germany. Those decisions and measures were adopted between 2004 and 2011, thus well after the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes entered into force as between the Parties. It is true that the subject-matter of the disputes to which the judicial proceedings in question relate is reparation for the injury caused by actions of the German armed forces in 1943-1945. Germany's complaint before the Court, however, is not about the treatment of that subject-matter in the judgments of the Italian courts; its complaint is solely that its immunities from jurisdiction and enforcement have been violated. Defined in such

été méconnues. Ainsi défini, le différend concerne indiscutablement des «faits ou situations» qui se situent entièrement après l'entrée en vigueur de la convention entre les Parties. C'est donc à juste titre que l'Italie n'a pas cherché à soutenir que le différend soumis à la Cour par l'Allemagne tomberait, en tout ou en partie, sous le coup de la limitation *ratione temporis* de l'article 27 précité. La Cour est compétente pour en connaître.

45. Les Parties, qui ne se sont pas opposées sur l'analyse qui précède, ont en revanche débattu de l'étendue de la compétence de la Cour dans un contexte tout à fait différent, celui de certains des arguments avancés par l'Italie dans sa défense, et relatifs à la prétendue inexécution par l'Allemagne de son obligation de réparation à l'égard des victimes italiennes et grecques des crimes commis par le Reich allemand en 1943-1945.

Selon l'Italie, il existerait un lien entre la question de l'exécution par l'Allemagne de son obligation de réparation à l'égard des victimes et celle de l'immunité de juridiction dont cet Etat pourrait se prévaloir devant les tribunaux étrangers saisis par les victimes, en ce sens qu'un Etat qui s'abstient d'exécuter son obligation de réparation à l'égard des victimes de violations graves du droit international humanitaire, et qui n'offre auxdites victimes aucun recours effectif leur permettant de réclamer la réparation à laquelle elles peuvent prétendre, serait privé du droit d'invoquer son immunité de juridiction devant les tribunaux de l'Etat de nationalité des victimes.

46. L'Allemagne a fait valoir que la Cour ne pouvait pas se prononcer sur une telle argumentation, au motif qu'elle était relative à la question des demandes de réparation, lesquelles se rapportent à des faits antérieurs au 18 avril 1961. En effet, selon l'Allemagne, «les faits qui se sont produits avant la date d'entrée en vigueur de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends entre l'Italie et l'Allemagne ne relèvent clairement pas de la compétence de la Cour» et «le présent différend ne porte pas sur les demandes de réparation, lesquelles n'entrent donc pas dans le cadre de la présente instance». L'Allemagne s'appuie à cet égard sur l'ordonnance par laquelle la Cour a rejeté la demande reconventionnelle de l'Italie, qui tendait précisément à ce que la Cour déclare que l'Allemagne avait violé son obligation de réparation envers les victimes italiennes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité perpétrés par le Reich allemand (voir paragraphe 38). L'Allemagne souligne que ce rejet a été motivé par le fait que ladite demande reconventionnelle échappait à la compétence de la Cour, en raison de la clause de limitation *ratione temporis* de l'article 27, précité, de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, la question des demandes de réparation découlant directement des actes commis en 1943-1945.

47. A cette objection, l'Italie a répondu que, si l'ordonnance du 6 juillet 2010 l'empêche assurément de maintenir sa demande reconventionnelle dans la présente instance, elle ne fait pas obstacle, en revanche, à ce qu'elle utilise les arguments sur lesquels elle avait fondé ladite demande

terms, the dispute undoubtedly relates to "facts or situations" occurring entirely after the entry into force of the Convention as between the Parties. Italy has thus rightly not sought to argue that the dispute brought before the Court by Germany falls wholly or partly within the limitation *ratione temporis* under the above-mentioned Article 27. The Court has jurisdiction to deal with the dispute.

45. The Parties, who have not disagreed on the analysis set out above, have on the other hand debated the extent of the Court's jurisdiction in a quite different context, that of some of the arguments put forward by Italy in its defence and relating to the alleged non-performance by Germany of its obligation to make reparation to the Italian and Greek victims of the crimes committed by the German Reich in 1943-1945.

According to Italy, a link exists between the question of Germany's performance of its obligation to make reparation to the victims and that of the jurisdictional immunity which Germany might rely on before the foreign courts to which those victims apply, in the sense that a State which fails to perform its obligation to make reparation to the victims of grave violations of international humanitarian law, and which offers those victims no effective means of claiming the reparation to which they may be entitled, would be deprived of the right to invoke its jurisdictional immunity before the courts of the State of the victims' nationality.

46. Germany has contended that the Court could not rule on such an argument, on the basis that it concerned the question of reparation claims, which relate to facts prior to 18 April 1961. According to Germany, "facts occurring before the date of the entry into force of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes as between Italy and Germany clearly lie outside the jurisdiction of the Court", and "reparation claims do not fall within the subject-matter of the present dispute and do not form part of the present proceedings". Germany relies in this respect on the Order whereby the Court dismissed Italy's counter-claim, which precisely asked the Court to find that Germany had violated its obligation of reparation owed to Italian victims of war crimes and crimes against humanity committed by the German Reich (see paragraph 38). Germany points out that this dismissal was based on the fact that the said counter-claim fell outside the jurisdiction of the Court, because of the clause imposing a limitation *ratione temporis* in the above-mentioned Article 27 of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, the question of reparation claims resulting directly from the acts committed in 1943-1945.

47. Italy has responded to this objection that, while the Order of 6 July 2010 certainly prevents it from pursuing its counter-claim in the present case, it does not on the other hand prevent it from using the arguments on which it based that counter-claim in its defence against Germany's

reconventionnelle dans sa défense visant à réfuter les demandes de l'Allemagne; que la question de l'absence de réparation adéquate est, à ses yeux, cruciale pour le règlement du différend relatif à l'immunité; et que, en conséquence, la compétence de la Cour pour examiner cette question à titre incident est incontestable.

48. La Cour note que, depuis le rejet de la demande reconventionnelle de l'Italie, elle n'est plus saisie de conclusions tendant à ce qu'elle statue sur la question de savoir si l'Allemagne a une obligation de réparation envers les victimes italiennes des crimes commis par le Reich allemand et si elle a satisfait à cette obligation à l'égard de toutes ces victimes, ou de certaines d'entre elles seulement. La Cour n'est donc pas appelée à statuer sur ces questions.

49. Cependant, à l'appui de sa conclusion selon laquelle elle n'a pas violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne, l'Italie soutient que l'Allemagne s'est trouvée privée du droit d'invoquer ladite immunité devant les tribunaux italiens saisis des actions civiles intentées par certaines des victimes, en raison du fait qu'elle n'a pas satisfait pleinement à son obligation de réparation.

50. Il appartient à la Cour de déterminer si, comme le soutient l'Italie, l'absence d'exécution complète par un Etat d'une obligation de réparation qui lui incomberait est susceptible d'avoir une incidence, en droit, sur l'existence et la portée de l'immunité de juridiction de cet Etat devant les tribunaux d'un autre Etat. Il s'agit là d'une question de droit sur laquelle la Cour devra se prononcer en vue de déterminer le droit international coutumier applicable en matière d'immunité des Etats pour les besoins de la présente affaire.

En cas de réponse affirmative à la question précédente, la seconde question serait de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, notamment compte tenu du comportement de l'Allemagne sur la question des réparations, les tribunaux italiens avaient des motifs suffisants pour écarter l'immunité de cette dernière. Il n'est pas nécessaire à la Cour de s'assurer de sa compétence pour répondre à cette seconde question tant qu'elle n'a pas répondu à la première.

La Cour considère qu'à ce stade aucune autre question ne se pose relativement à l'existence et à l'étendue de sa compétence.

*

51. La Cour examinera tout d'abord le premier chef de conclusions de l'Allemagne, c'est-à-dire la question de savoir si, en exerçant leur compétence à l'égard de celle-ci dans le cadre des actions intentées devant elles par les différents requérants italiens, les juridictions italiennes ont agi en violation de l'obligation faite à l'Italie d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction. Elle se prononcera ensuite, dans la section IV, sur les mesures de contrainte prises à l'égard de la Villa Vigoni puis, dans la section V, abordera les décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie des jugements rendus en Grèce.

claims; that the question of the lack of appropriate reparation is, in its view, crucial for resolving the dispute over immunity; and that the Court's jurisdiction to take cognizance of it incidentally is thus indisputable.

48. The Court notes that, since the dismissal of Italy's counter-claim, it no longer has before it any submissions asking it to rule on the question of whether Germany has a duty of reparation towards the Italian victims of the crimes committed by the German Reich and whether it has complied with that obligation in respect of all those victims, or only some of them. The Court is therefore not called upon to rule on those questions.

49. However, in support of its submission that it has not violated Germany's jurisdictional immunity, Italy contends that Germany stands deprived of the right to invoke that immunity in Italian courts before which civil actions have been brought by some of the victims, because of the fact that it has not fully complied with its duty of reparation.

50. The Court must determine whether, as Italy maintains, the failure of a State to perform completely a duty of reparation which it allegedly bears is capable of having an effect, in law, on the existence and scope of that State's jurisdictional immunity before foreign courts. This question is one of law on which the Court must rule in order to determine the customary international law applicable in respect of State immunity for the purposes of the present case.

Should the preceding question be answered in the affirmative, the second question would be whether, in the specific circumstances of the case, taking account in particular of Germany's conduct on the issue of reparation, the Italian courts had sufficient grounds for setting aside Germany's immunity. It is not necessary for the Court to satisfy itself that it has jurisdiction to respond to this second question until it has responded to the first.

The Court considers that, at this stage, no other question arises with regard to the existence or scope of its jurisdiction.

*

51. The Court will first address the issues raised by Germany's first submission, namely whether, by exercising jurisdiction over Germany with regard to the claims brought before them by the various Italian claimants, the Italian courts acted in breach of Italy's obligation to accord jurisdictional immunity to Germany. It will then turn, in Section IV, to the measures of constraint adopted in respect of Villa Vigoni and, in Section V, to the decisions of the Italian courts declaring enforceable in Italy the judgments of the Greek courts.

III. Les violations de l'immunité de juridiction de l'Allemagne qui auraient été commises dans le cadre des procédures engagées par les requérants italiens

1. Les questions soumises à la Cour

52. La Cour commencera par relever que les actions intentées devant les juridictions italiennes ont pour origine des actes perpétrés par les forces armées et autres organes du Reich allemand. L'Allemagne a pleinement reconnu «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens» (déclaration conjointe de l'Allemagne et de l'Italie, Trieste, 18 novembre 2008); elle convient que ces actes étaient illicites et a déclaré devant la Cour qu'elle était «tout à fait consciente de sa responsabilité à cet égard». La Cour estime que les actes en cause ont incontestablement été commis au mépris le plus total des «considérations élémentaires d'humanité» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 112). Une première catégorie d'affaires se rapporte à des massacres de nombreux civils perpétrés en territoire occupé en guise de représailles, tels que celui commis le 29 juin 1944 à Civitella (Val di Chiana), Cornia et San Pancrazio par des membres de la division «Hermann Göring» des forces armées allemandes contre 203 civils pris en otages après l'assassinat de quatre soldats allemands, quelques jours plus tôt, par des résistants (affaire *Max Josef Milde*, décision du 10 octobre 2006 (enregistrée le 2 février 2007), rendue par le tribunal militaire de La Spezia). La deuxième concerne des cas de civils qui, à l'instar de M. Luigi Ferrini, avaient été déportés d'Italie vers l'Allemagne pour s'y trouver de fait astreints au travail forcé. Le troisième type d'affaires a trait au cas de membres des forces armées italiennes qui s'étaient vu refuser le statut de prisonnier de guerre — ainsi que les protections associées à ce statut — auquel ils avaient droit, et avaient, eux aussi, été soumis au travail forcé. La Cour estime que ce comportement était, à n'en pas douter, constitutif d'une grave violation du droit international applicable aux conflits armés en 1943-1945. Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, en date du 8 août 1945 (Nations Unies, *Recueil des traités (RTNU)*, vol. 82, p. 285), incluait parmi les crimes de guerre, au *litt. b)* de son article 6, «l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés», ainsi que «l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre». Parmi les crimes contre l'humanité énumérés au *litt. c)* de ce même article figuraient «l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre». L'assassinat d'otages civils en Italie fut d'ailleurs l'un des chefs au titre desquels un certain nombre

III. Alleged Violation of Germany's Jurisdictional Immunity in the Proceedings Brought by the Italian Claimants

1. The Issues before the Court

52. The Court begins by observing that the proceedings in the Italian courts have their origins in acts perpetrated by German armed forces and other organs of the German Reich. Germany has fully acknowledged the "untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres, and on former Italian military internees" (Joint Declaration of Germany and Italy, Trieste, 18 November 2008), accepts that these acts were unlawful and stated before this Court that it "is fully aware of [its] responsibility in this regard". The Court considers that the acts in question can only be described as displaying a complete disregard for the "elementary considerations of humanity" (*Corfu Channel (United Kingdom* v. *Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 112). One category of cases involved the large-scale killing of civilians in occupied territory as part of a policy of reprisals, exemplified by the massacres committed on 29 June 1944 in Civitella (Val di Chiana), Cornia and San Pancrazio by members of the "Hermann Göring" division of the German armed forces involving the killing of 203 civilians taken as hostages after resistance fighters had killed four German soldiers a few days earlier (*Max Josef Milde* case, Military Court of La Spezia, judgment of 10 October 2006 (registered on 2 February 2007)). Another category involved members of the civilian population who, like Mr. Luigi Ferrini, were deported from Italy to what was in substance slave labour in Germany. The third concerned members of the Italian armed forces who were denied the status of prisoner of war, together with the protections which that status entailed, to which they were entitled and who were similarly used as forced labourers. The Court considers that there can be no doubt that this conduct was a serious violation of the international law of armed conflict applicable in 1943-1945. Article 6 *(b)* of the Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945 (United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 82, p. 279), convened at Nuremberg included as war crimes "murder, ill-treatment, or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory", as well as "murder or ill-treatment of prisoners of war". The list of crimes against humanity in Article 6 *(c)* of the Charter included "murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war". The murder of civilian hostages in Italy was one of the counts on which a number of war crimes defendants were condemned in trials immediately after the Second World War (e.g., *Von Mackensen and Maelzer* (1946), *Annual Digest*, Vol. 13, p. 258; *Kesselring* (1947), *Annual Digest*, Vol. 13, p. 260; and

d'accusés devant répondre de crimes de guerre furent condamnés au lendemain de la seconde guerre mondiale (voir, par exemple, *Von Mackensen et Maelzer* (1946), *Annual Digest*, vol. 13, p. 258; *Kesselring* (1947), *Annual Digest*, vol. 13, p. 260; et *Kappler* (1948), *Annual Digest*, vol. 15, p. 471). Les principes énoncés dans le Statut de Nuremberg furent confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 95 (I) en date du 11 décembre 1946.

53. Toutefois, la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de savoir si ces actes étaient illicites, point qui n'est pas contesté. La question qu'il lui incombe de trancher est en effet celle de savoir si, dans le cadre des actions en réparation engagées sur le fondement de ces actes, la justice italienne était tenue d'accorder l'immunité à l'Allemagne. A cet égard, la Cour constate qu'il existe un très large accord entre les Parties quant au droit applicable, celles-ci convenant en particulier que l'immunité est régie par le droit international et ne relève pas simplement de la courtoisie.

54. Dans les rapports entre l'Allemagne et l'Italie, c'est seulement le droit international coutumier qui fonde le droit à l'immunité, et non pas des dispositions conventionnelles. Si l'Allemagne est l'un des huit Etats parties à la convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 (Conseil de l'Europe, *Série des traités européens (STE)*, n° 74; *RTNU*, vol. 1495, p. 182) (ci-après la «convention européenne»), tel n'est pas le cas de l'Italie, que cet instrument ne lie donc pas. Par ailleurs, aucun des deux Etats n'est partie à la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, adoptée le 2 décembre 2004 (ci-après la «convention des Nations Unies»), laquelle n'est, en tout état de cause, pas encore entrée en vigueur. Au 1er février 2012, cette convention avait été signée par vingt-huit Etats, et treize instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion avaient été déposés; or il est stipulé, en son article 30, qu'elle entrera en vigueur le trentième jour suivant la date du dépôt du trentième de ces instruments. Ni l'Allemagne ni l'Italie n'ont signé la convention.

55. La Cour doit donc, conformément à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut, déterminer l'existence d'une «coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit» conférant l'immunité à l'Etat et, le cas échéant, quelles en sont la portée et l'étendue. Elle appliquera pour ce faire les critères, qu'elle a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier. Ainsi qu'elle l'a clairement indiqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, une «pratique effective» assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44, par. 77). La Cour a en outre relevé ce qui suit:

> «[i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et

Kappler (1948), *Annual Digest*, Vol. 15, p. 471). The principles of the Nuremberg Charter were confirmed by the General Assembly of the United Nations in resolution 95 (I) of 11 December 1946.

53. However, the Court is not called upon to decide whether these acts were illegal, a point which is not contested. The question for the Court is whether or not, in proceedings regarding claims for compensation arising out of those acts, the Italian courts were obliged to accord Germany immunity. In that context, the Court notes that there is a considerable measure of agreement between the Parties regarding the applicable law. In particular, both Parties agree that immunity is governed by international law and is not a mere matter of comity.

54. As between Germany and Italy, any entitlement to immunity can be derived only from customary international law, rather than treaty. Although Germany is one of the eight States parties to the European Convention on State Immunity of 16 May 1972 (Council of Europe, *European Treaty Series (ETS)*, No. 74; *UNTS*, Vol. 1495, p. 182) (hereinafter the "European Convention"), Italy is not a party and the Convention is accordingly not binding upon it. Neither State is party to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted on 2 December 2004 (hereinafter the "United Nations Convention"), which is not yet in force in any event. As of 1 February 2012, the United Nations Convention had been signed by twenty-eight States and obtained thirteen instruments of ratification, acceptance, approval or accession. Article 30 of the Convention provides that it will enter into force on the thirtieth day after deposit of the thirtieth such instrument. Neither Germany nor Italy has signed the Convention.

55. It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) *(b)* of its Statute, the existence of "international custom, as evidence of a general practice accepted as law" conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity. To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law. In particular, as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be "a settled practice" together with *opinio juris* (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77). Moreover, as the Court has also observed,

> "[i]t is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris*

l'*opinio juris* des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant» (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 29-30, par. 27).

Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un Etat étranger, des lois adoptées par ceux des Etats qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains Etats devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les Etats à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la convention des Nations Unies. Dans ce contexte, l'*opinio juris* est reflétée notamment par l'affirmation, de la part des Etats qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres Etats, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier; par la reconnaissance, de la part des Etats qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international; et, inversement, par l'affirmation par des Etats, dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'Etats étrangers. S'il est vrai que les Etats décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie.

56. Quoique la question des origines de l'immunité des Etats et des principes qui la sous-tendent ait fait l'objet de longs débats, la Commission du droit international a, en 1980, constaté que la règle de l'immunité des Etats avait «été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des Etats» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 144, par. 26). La Cour estime que cette conclusion, qui reposait sur une analyse exhaustive de la pratique des Etats, a depuis lors été confirmée par un ensemble de lois nationales, de décisions judiciaires, d'affirmations d'un droit à l'immunité, ainsi que par les commentaires des Etats sur ce qui allait devenir la convention des Nations Unies. Il ressort de cette pratique que les Etats, que ce soit lorsqu'ils invoquent l'immunité pour leur propre compte ou qu'ils l'accordent à d'autres, partent généralement du principe qu'il existe en droit international un droit à l'immunité de l'Etat étranger, dont découle pour les autres Etats l'obligation de le respecter et de lui donner effet.

57. La Cour considère que la règle de l'immunité de l'Etat joue un rôle important en droit international et dans les relations internationales. Elle procède du principe de l'égalité souveraine des Etats qui, ainsi que cela ressort clairement du paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, est l'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique international. Ce principe doit être considéré conjointement avec celui en

of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29-30, para. 27).

In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. *Opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States. While it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is not accompanied by the requisite *opinio juris* and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court.

56. Although there has been much debate regarding the origins of State immunity and the identification of the principles underlying that immunity in the past, the International Law Commission concluded in 1980 that the rule of State immunity had been "adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II (2), p. 147, para. 26). That conclusion was based upon an extensive survey of State practice and, in the opinion of the Court, is confirmed by the record of national legislation, judicial decisions, assertions of a right to immunity and the comments of States on what became the United Nations Convention. That practice shows that, whether in claiming immunity for themselves or according it to others, States generally proceed on the basis that there is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity.

57. The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sov-

vertu duquel chaque Etat détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes. Les exceptions à l'immunité de l'Etat constituent une dérogation au principe de l'égalité souveraine. L'immunité peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle.

58. Les Parties sont donc largement d'accord quant à l'existence et à l'importance de l'immunité de l'Etat en tant qu'élément du droit international coutumier. Leurs vues divergent toutefois sur le point de savoir si le droit qu'il convient d'appliquer est (comme le soutient l'Allemagne) celui qui déterminait la portée et l'étendue de l'immunité de l'Etat en 1943-1945 — autrement dit, à l'époque des faits qui sont à l'origine des actions intentées devant les juridictions italiennes — ou (comme l'avance l'Italie) celui qui était en vigueur au moment où ces actions ont été engagées. La Cour relève que, conformément au principe énoncé à l'article 13 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, la conformité d'un acte au droit international ne peut être déterminée qu'au regard du droit en vigueur au moment où cet acte s'est produit. Il importe donc d'établir une distinction entre les actes pertinents de l'Allemagne et ceux de l'Italie. Les actes pertinents de l'Allemagne — qui sont décrits au paragraphe 52 — se sont produits en 1943-1945 et, partant, c'est le droit en vigueur à cette époque qui leur est applicable. Les actes pertinents de l'Italie — le refus de l'immunité par les juridictions italiennes et l'exercice, par celles-ci, de leur compétence — ne se sont produits que lorsque les procédures italiennes ont eu lieu. Dès lors que la question dont est saisie la Cour a trait aux actes des juridictions italiennes, c'est le droit international en vigueur à l'époque desdites procédures que la Cour doit appliquer. En outre, ainsi que la Cour l'a précisé (dans le contexte des immunités personnelles dont jouissent les ministres des affaires étrangères en vertu du droit international), le droit de l'immunité revêt un caractère essentiellement procédural (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 25, par. 60). Il régit l'exercice du pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement donné, et est ainsi totalement distinct du droit matériel qui détermine si ce comportement est licite ou non. En conséquence, la Cour estime qu'il lui faut examiner et appliquer le droit de l'immunité des Etats tel qu'il existait au moment des procédures italiennes et non tel qu'il était en vigueur en 1943-1945.

59. Les Parties sont également en désaccord quant à la portée et à l'étendue de la règle de l'immunité de l'Etat. A cet égard, la Cour relève que de nombreux Etats (y compris l'Allemagne et l'Italie) opèrent aujourd'hui une distinction entre les actes *jure gestionis* — à l'égard desquels ils ont limité l'immunité qu'ils revendiquent pour eux-mêmes et accordent aux autres — et les actes *jure imperii*. Cette approche est également celle de la convention des Nations Unies et de la convention européenne (voir également le projet de convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats

ereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it.

58. The Parties are thus in broad agreement regarding the validity and importance of State immunity as a part of customary international law. They differ, however, as to whether (as Germany contends) the law to be applied is that which determined the scope and extent of State immunity in 1943-1945, i.e., at the time that the events giving rise to the proceedings in the Italian courts took place, or (as Italy maintains) that which applied at the time the proceedings themselves occurred. The Court observes that, in accordance with the principle stated in Article 13 of the International Law Commission Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the compatibility of an act with international law can be determined only by reference to the law in force at the time when the act occurred. In that context, it is important to distinguish between the relevant acts of Germany and those of Italy. The relevant German acts — which are described in paragraph 52 — occurred in 1943-1945, and it is, therefore, the international law of that time which is applicable to them. The relevant Italian acts — the denial of immunity and exercise of jurisdiction by the Italian courts — did not occur until the proceedings in the Italian courts took place. Since the claim before the Court concerns the actions of the Italian courts, it is the international law in force at the time of those proceedings which the Court has to apply. Moreover, as the Court has stated (in the context of the personal immunities accorded by international law to foreign ministers), the law of immunity is essentially procedural in nature (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 25, para. 60). It regulates the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law which determines whether that conduct is lawful or unlawful. For these reasons, the Court considers that it must examine and apply the law on State immunity as it existed at the time of the Italian proceedings, rather than that which existed in 1943-1945.

59. The Parties also differ as to the scope and extent of the rule of State immunity. In that context, the Court notes that many States (including both Germany and Italy) now distinguish between *acta jure gestionis*, in respect of which they have limited the immunity which they claim for themselves and which they accord to others, and *acta jure imperii*. That approach has also been followed in the United Nations Convention and the European Convention (see also the draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunity of States drawn up by the Inter-American

établi par le Comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains en 1983 (*ILM*, vol. 22, p. 292)).

60. La Cour n'est pas appelée, en l'espèce, à se prononcer sur la manière dont le droit international règle la question de l'immunité des Etats lorsque les actes en cause sont des actes *jure gestionis*. Les actes des forces armées et d'autres organes de l'Etat allemand en cause devant la justice italienne étaient assurément des actes *jure imperii*. La Cour relève que, en réponse à une question posée par un membre de la Cour, l'Italie a reconnu que les actes concernés devaient être qualifiés d'actes *jure imperii*, et ce, malgré leur caractère illicite. La Cour considère que les expressions « *jure imperii* » et « *jure gestionis* » n'impliquent en rien que les actes visés soient licites, mais indiquent seulement s'ils doivent être appréciés au regard du droit régissant l'exercice du pouvoir souverain (*jus imperii*) ou du droit régissant les activités non souveraines de l'Etat, en particulier celles d'ordre privé et commercial (*jus gestionis*). Dans la mesure où cette distinction est pertinente aux fins de déterminer si un Etat est fondé à bénéficier de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat à propos d'un acte donné, elle doit être prise en considération avant que les tribunaux en question ne puissent exercer leur compétence, alors que la question de savoir si cet acte est licite ou non ne peut être tranchée que dans l'exercice de cette compétence. Bien que la présente espèce ait ceci d'inhabituel que l'illicéité des actes en cause a été admise par l'Allemagne à toutes les étapes de la procédure, la Cour estime que cela est sans incidence sur leur qualification en tant qu'actes *jure imperii*.

61. Les Parties s'accordent à considérer que les Etats jouissent, en règle générale, de l'immunité dans le cas d'actes *jure imperii*. Telle est l'approche adoptée dans la convention des Nations Unies, la convention européenne et le projet de convention interaméricaine, ainsi que dans les lois adoptées par ceux des Etats qui ont légiféré sur la question et dans la jurisprudence des tribunaux nationaux. C'est en gardant cela à l'esprit que la Cour doit considérer la question que soulève la présente instance, c'est-à-dire celle de savoir si l'immunité est applicable aux actes commis par les forces armées d'un Etat (et d'autres organes de celui-ci agissant en coopération avec ces forces) dans le cadre d'un conflit armé. L'Allemagne soutient que l'immunité est applicable et qu'aucune des exceptions à l'immunité dont jouit un Etat à l'égard des actes *jure imperii* ne trouve ici à s'appliquer. L'Italie, quant à elle, fait valoir que l'Allemagne n'est pas fondée à bénéficier de l'immunité dans les procédures qui ont été engagées devant ses tribunaux au double motif que, premièrement, cette immunité ne s'étend pas, en ce qui concerne les actes *jure imperii*, aux actes dommageables ou délictueux ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis sur le territoire de l'Etat du for et que, deuxièmement, indépendamment du lieu où se sont produits les actes en question, l'Allemagne ne saurait en bénéficier parce que ceux-ci étaient constitutifs des violations les plus graves de règles de droit international à caractère impératif, et qu'il n'existait, pour y remédier, aucune autre voie de recours. La Cour examinera tour à tour chacun des arguments de l'Italie.

Juridical Committee of the Organization of American States in 1983 (*ILM*, Vol. 22, p. 292)).

60. The Court is not called upon to address the question of how international law treats the issue of State immunity in respect of *acta jure gestionis*. The acts of the German armed forces and other State organs which were the subject of the proceedings in the Italian courts clearly constituted *acta jure imperii*. The Court notes that Italy, in response to a question posed by a Member of the Court, recognized that those acts had to be characterized as *acta jure imperii*, notwithstanding that they were unlawful. The Court considers that the terms *"jure imperii"* and *"jure gestionis"* do not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power *(jus imperii)* or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities *(jus gestionis)*. To the extent that this distinction is significant for determining whether or not a State is entitled to immunity from the jurisdiction of another State's courts in respect of a particular act, it has to be applied before that jurisdiction can be exercised, whereas the legality or illegality of the act is something which can be determined only in the exercise of that jurisdiction. Although the present case is unusual in that the illegality of the acts at issue has been admitted by Germany at all stages of the proceedings, the Court considers that this fact does not alter the characterization of those acts as *acta jure imperii*.

61. Both Parties agree that States are generally entitled to immunity in respect of *acta jure imperii*. That is the approach taken in the United Nations, European and draft Inter-American Conventions, the national legislation in those States which have adopted statutes on the subject and the jurisprudence of national courts. It is against that background that the Court must approach the question raised by the present proceedings, namely whether that immunity is applicable to acts committed by the armed forces of a State (and other organs of that State acting in co-operation with the armed forces) in the course of conducting an armed conflict. Germany maintains that immunity is applicable and that there is no relevant limitation on the immunity to which a State is entitled in respect of *acta jure imperii*. Italy, in its pleadings before the Court, maintains that Germany is not entitled to immunity in respect of the cases before the Italian courts for two reasons: first, that immunity as to *acta jure imperii* does not extend to torts or delicts occasioning death, personal injury or damage to property committed on the territory of the forum State, and, secondly, that, irrespective of where the relevant acts took place, Germany was not entitled to immunity because those acts involved the most serious violations of rules of international law of a peremptory character for which no alternative means of redress was available. The Court will consider each of Italy's arguments in turn.

2. Le premier argument de l'Italie : les dommages ont été causés sur le territoire de l'Etat du for

62. Le premier argument de l'Italie consiste, en substance, à soutenir que le droit international coutumier a évolué de telle sorte que les Etats ne peuvent plus, aujourd'hui, prétendre à l'immunité à l'égard d'actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'Etat du for, et ce, même si les actes en question ont été accomplis *jure imperii*. L'Italie reconnaît que cet argument ne vaut qu'en ce qui concerne celles des réclamations portées devant la justice italienne qui ont trait à des actes survenus en Italie et non en ce qui concerne les internés militaires italiens faits prisonniers ailleurs qu'en Italie et transférés en Allemagne — ou vers tout autre territoire que l'Italie — pour y être astreints au travail forcé. A l'appui de cet argument, l'Italie invoque l'adoption de l'article 11 de la convention européenne et de l'article 12 de la convention des Nations Unies, ainsi que le fait que neuf des dix Etats recensés par elle qui ont promulgué des lois portant spécifiquement sur l'immunité des Etats étrangers ont adopté des dispositions semblables à celles de ces deux conventions (l'exception étant le Pakistan). L'Italie reconnaît que la convention européenne contient une disposition en vertu de laquelle cet instrument ne saurait s'appliquer aux actes des forces armées étrangères (art. 31); elle soutient cependant qu'il ne s'agit que d'une clause de sauvegarde ayant essentiellement pour objet d'éviter tout conflit entre la convention et les instruments régissant le statut des forces étrangères présentes sur le territoire d'un Etat avec le consentement de celui-ci, et qu'il n'en ressort pas que les Etats bénéficient de l'immunité à l'égard des actes commis par leurs forces armées sur le territoire d'un autre Etat. L'Italie conteste la portée de certaines déclarations (qui seront examinées ci-après, au paragraphe 69) faites dans le cadre du processus d'adoption de la convention des Nations Unies, qui donnent à penser que cet instrument ne s'applique pas aux actes des forces armées. Enfin, tout en relevant que deux des lois nationales (celles du Royaume-Uni et de Singapour) ne sont pas applicables aux actes des forces armées étrangères, l'Italie soutient que les sept autres (celles de l'Afrique du Sud, de l'Argentine, de l'Australie, du Canada, des Etats-Unis d'Amérique, d'Israël et du Japon) constituent une pratique étatique significative reconnaissant la compétence des tribunaux nationaux pour connaître des actes dommageables commis par des forces armées étrangères.

63. L'Allemagne fait valoir que, en tant qu'ils écartent l'immunité de l'Etat pour des actes *jure imperii*, ni l'article 11 de la convention européenne ni l'article 12 de la convention des Nations Unies ne reflètent le droit international coutumier. Elle soutient que ces deux dispositions sont, en tout état de cause, dépourvues de pertinence en la présente instance puisque aucune d'elles n'est censée s'appliquer aux actes des forces armées. L'Allemagne fait également observer que non seulement aucun tribunal national n'a jamais — hormis dans les affaires soumises à la justice italienne et dans l'affaire *Distomo* en Grèce — jugé qu'un Etat ne

2. Italy's First Argument: The Territorial Tort Principle

62. The essence of the first Italian argument is that customary international law has developed to the point where a State is no longer entitled to immunity in respect of acts occasioning death, personal injury or damage to property on the territory of the forum State, even if the act in question was performed *jure imperii*. Italy recognizes that this argument is applicable only to those of the claims brought before the Italian courts which concern acts that occurred in Italy and not to the cases of Italian military internees taken prisoner outside Italy and transferred to Germany or other territories outside Italy as forced labour. In support of its argument, Italy points to the adoption of Article 11 of the European Convention and Article 12 of the United Nations Convention and to the fact that nine of the ten States it identified which have adopted legislation specifically dealing with State immunity (the exception being Pakistan) have enacted provisions similar to those in the two Conventions. Italy acknowledges that the European Convention contains a provision to the effect that the Convention is not applicable to the acts of foreign armed forces (Art. 31) but maintains that this provision is merely a saving clause aimed primarily at avoiding conflicts between the Convention and instruments regulating the status of visiting forces present with the consent of the territorial sovereign and that it does not show that States are entitled to immunity in respect of the acts of their armed forces in another State. Italy dismisses the significance of certain statements (discussed in paragraph 69 below) made during the process of adoption of the United Nations Convention suggesting that that Convention did not apply to the acts of armed forces. Italy also notes that two of the national statutes (those of the United Kingdom and Singapore) are not applicable to the acts of foreign armed forces but argues that the other seven (those of Argentina, Australia, Canada, Israel, Japan, South Africa and the United States of America) amount to significant State practice asserting jurisdiction over torts occasioned by foreign armed forces.

63. Germany maintains that, in so far as they deny a State immunity in respect of *acta jure imperii*, neither Article 11 of the European Convention, nor Article 12 of the United Nations Convention reflects customary international law. It contends that, in any event, they are irrelevant to the present proceedings, because neither provision was intended to apply to the acts of armed forces. Germany also points to the fact that, with the exception of the Italian cases and the *Distomo* case in Greece, no national court has ever held that a State was not entitled to immunity in respect of acts of its armed forces, in the context of an armed conflict and that, by

pouvait prétendre à l'immunité à l'égard d'actes commis par ses forces armées dans le cadre d'un conflit armé, mais encore que les juridictions de plusieurs Etats se sont expressément déclarées incompétentes en pareils cas, au motif que l'Etat défendeur jouissait de cette immunité.

*

64. La Cour fera tout d'abord observer que l'idée selon laquelle l'immunité de l'Etat étranger ne vaudrait pas dans le cadre d'instances civiles se rapportant à des actes commis sur le territoire de l'Etat du for ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel est apparue à l'origine dans le cadre d'affaires ayant trait à des accidents de la circulation et à d'autres «risques assurables». La restriction à l'immunité, reconnue par certaines juridictions nationales dans ce type d'affaires, a été considérée comme limitée aux actes *jure gestionis* (voir, par exemple, l'arrêt rendu par la Cour suprême d'Autriche en l'affaire *Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique* (*Juristische Blätter* (Vienne), vol. 84, 1962, p. 43)). La Cour relève cependant qu'aucune des législations nationales prévoyant une «exception territoriale» à l'immunité n'opère de distinction expresse entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*. La Cour suprême du Canada a expressément rejeté l'idée que l'exception contenue dans la loi canadienne puisse être subordonnée à pareille distinction (*Schreiber c. République fédérale d'Allemagne*, [2002] *Recueil de la Cour suprême (RCS)*, vol. 3, p. 269, par. 33-36). L'article 11 de la convention européenne et l'article 12 de la convention des Nations Unies n'établissent pas non plus une telle distinction. Or, il ressort clairement du commentaire de la Commission du droit international relatif à ce qu'est devenu l'article 12 de la convention des Nations Unies qu'il s'agissait là d'un choix délibéré et que cette disposition ne devait pas être limitée aux actes *jure gestionis* (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 47, par. 8). Néanmoins, l'Allemagne n'a pas été la seule à avancer que, pour autant qu'il devait s'appliquer aux actes *jure imperii*, l'article 12 ne reflétait pas le droit international coutumier. Dans le cadre des critiques qu'elle a formulées en 1990 sur le projet — établi par la Commission du droit international — de ce qui allait devenir l'article 12, la Chine a indiqué que «cet article [allait] plus loin que ce qui [était] admis par la doctrine restrictive, puisqu'il n'établi[ssait] pas de distinction entre les actes de souveraineté et les actes relevant du droit privé» (Nations Unies, doc. A/C.6/45/SR.25, p. 2); les Etats-Unis d'Amérique ont quant à eux indiqué, lorsqu'ils ont formulé en 2004 leurs observations sur le projet de convention des Nations Unies, que l'article 12 «d[evait] être interprété et appliqué systématiquement par référence à la distinction classique entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*», car le fait d'étendre la juridiction sans tenir compte de cette distinction «serait contraire aux principes du droit international en vigueur» (Nations Unies, doc. A/C.6/59/SR.13, p. 10, par. 63).

65. La Cour estime qu'elle n'est pas, en l'espèce, appelée à trancher la question de savoir s'il existe, en droit international coutumier, une

contrast, the courts in several States have expressly declined jurisdiction in such cases on the ground that the respondent State was entitled to immunity.

*

64. The Court begins by observing that the notion that State immunity does not extend to civil proceedings in respect of acts committed on the territory of the forum State causing death, personal injury or damage to property originated in cases concerning road traffic accidents and other "insurable risks". The limitation of immunity recognized by some national courts in such cases was treated as confined to *acta jure gestionis* (see, e.g., the judgment of the Supreme Court of Austria in *Holubek* v. *Government of the United States of America* (*Juristische Blätter* (Vienna), Vol. 84, 1962, p. 43; *ILR*, Vol. 40, p. 73)). The Court notes, however, that none of the national legislation which provides for a "territorial tort exception" to immunity expressly distinguishes between *acta jure gestionis* and *acta jure imperii*. The Supreme Court of Canada expressly rejected the suggestion that the exception in the Canadian legislation was subject to such a distinction (*Schreiber* v. *Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada*, [2002] *Supreme Court Reports (SCR)*, Vol. 3, p. 269, paras. 33-36). Nor is such a distinction featured in either Article 11 of the European Convention or Article 12 of the United Nations Convention. The International Law Commission's commentary on the text of what became Article 12 of the United Nations Convention makes clear that this was a deliberate choice and that the provision was not intended to be restricted to *acta jure gestionis* (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II (2), p. 45, para. 8). Germany has not, however, been alone in suggesting that, in so far as it was intended to apply to *acta jure imperii*, Article 12 was not representative of customary international law. In criticizing the International Law Commission's draft of what became Article 12, China commented in 1990 that "the article had gone even further than the restrictive doctrine, for it made no distinction between sovereign acts and private law acts" (United Nations doc. A/C.6/45/SR.25, p. 2) and the United States, commenting in 2004 on the draft United Nations Convention, stated that Article 12 "must be interpreted and applied consistently with the time-honoured distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*" since to extend jurisdiction without regard to that distinction "would be contrary to the existing principles of international law" (United Nations doc. A/C.6/59/SR.13, p. 10, para. 63).

65. The Court considers that it is not called upon in the present proceedings to resolve the question whether there is in customary interna-

«exception territoriale» à l'immunité de l'Etat applicable aux actes *jure imperii* en général. Il lui faut seulement se prononcer sur les actes commis, sur le territoire de l'Etat du for, par les forces armées d'un Etat étranger et d'autres organes de celui-ci agissant en coopération avec lesdites forces dans le cadre d'un conflit armé.

66. La Cour examinera tout d'abord la question de savoir si l'adoption de l'article 11 de la convention européenne ou de l'article 12 de la convention des Nations Unies étaye d'une quelconque manière l'argument de l'Italie selon lequel les Etats ne peuvent plus aujourd'hui invoquer l'immunité de juridiction à l'égard des actes tels que définis dans le paragraphe précédent. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir paragraphe 54 ci-dessus), aucun de ces deux instruments n'est en vigueur entre les Parties à la présente affaire. Ils ne sont donc pertinents que dans la mesure où leurs dispositions, le processus qui a conduit à leur adoption et leur mise en œuvre apportent un éclairage sur le contenu du droit international coutumier.

67. L'article 11 de la convention européenne énonce l'exception territoriale en des termes généraux:

> «Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu.»

Cette disposition doit cependant être lue à la lumière de l'article 31, qui est ainsi libellé:

> «Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux immunités et privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant.»

Bien que l'article 31 ait notamment pour objet de traiter la question des rapports entre la convention et les divers accords relatifs au statut des forces armées étrangères qu'un Etat accueille sur son territoire, il ressort clairement de son libellé qu'il ne se limite pas à cela et exclut du champ d'application de la convention toute procédure se rapportant aux actes des forces armées étrangères, que celles-ci soient présentes sur le territoire de l'Etat du for avec ou sans le consentement de ce dernier, et que leurs actes aient été accomplis en temps de paix ou en temps de guerre. Le rapport explicatif de la convention — qui contient un commentaire détaillé rédigé dans le cadre du processus de négociation — précise ce qui suit en ce qui concerne l'article 31:

> «La Convention n'est pas destinée à régler les situations qui peuvent se présenter en cas de conflit armé. Elle ne peut pas servir

tional law a "tort exception" to State immunity applicable to *acta jure imperii* in general. The issue before the Court is confined to acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict.

66. The Court will first consider whether the adoption of Article 11 of the European Convention or Article 12 of the United Nations Convention affords any support to Italy's contention that States are no longer entitled to immunity in respect of the type of acts specified in the preceding paragraph. As the Court has already explained (see paragraph 54 above), neither Convention is in force between the Parties to the present case. The provisions of these Conventions are, therefore, relevant only in so far as their provisions and the process of their adoption and implementation shed light on the content of customary international law.

67. Article 11 of the European Convention states the territorial tort principle in broad terms,

> "A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred."

That provision must, however, be read in the light of Article 31, which provides,

> "Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State."

Although one of the concerns which Article 31 was intended to address was the relationship between the Convention and the various agreements on the status of visiting forces, the language of Article 31 makes clear that it is not confined to that matter and excludes from the scope of the Convention all proceedings relating to acts of foreign armed forces, irrespective of whether those forces are present in the territory of the forum with the consent of the forum State and whether their acts take place in peacetime or in conditions of armed conflict. The Explanatory Report on the Convention, which contains a detailed commentary prepared as part of the negotiating process, states in respect of Article 31,

> "The Convention is not intended to govern situations which may arise in the event of armed conflict; *nor* can it be invoked to resolve

> *non plus* à résoudre les problèmes que le stationnement de troupes peut faire surgir entre Etats alliés; ces problèmes font, en général, l'objet d'accords spéciaux (cf. art. 33).
>
> . . . . . .
>
> [L'article 31] empêche que la Convention soit interprétée comme ayant quelque influence sur ces questions.» (Par. 116, les italiques sont de la Cour.)

68. La Cour estime, comme l'Italie, que l'article 31 a l'effet d'une «clause de sauvegarde», la question de l'immunité de l'Etat à raison des actes de ses forces armées sortant, dès lors, entièrement du champ d'application de la convention et devant être tranchée au regard du droit international coutumier. Il s'ensuit toutefois que l'on ne saurait considérer que le fait que l'exception territoriale soit prévue à l'article 11 de la convention européenne corrobore l'argument selon lequel un Etat ne peut prétendre à l'immunité en ce qui concerne les actes dommageables commis par ses forces armées. Comme indiqué dans le rapport explicatif, il résulte de l'article 31 que la convention n'a aucune incidence sur cette question. Ainsi, le juge belge (jugement du tribunal de première instance de Gand en l'affaire *Botelberghe c. Allemagne*, 18 février 2000), de même que les juges irlandais (arrêt de la Cour suprême en l'affaire *McElhinney c. Williams*, 15 décembre 1995, [1995] 3 *Irish Reports* 382; *ILR*, vol. 104, p. 691), slovène (arrêt de la Cour constitutionnelle en l'affaire n° Up-13/99, par. 13), grec (*Margellos c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 6/2002, *ILR*, vol. 129, p. 529) et polonais (arrêt de la Cour suprême de Pologne en l'affaire *Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299) ont conclu que, aux termes de l'article 31, l'immunité de l'Etat à raison d'actes dommageables commis par ses forces armées n'était pas affectée par l'article 11 de la convention.

69. L'article 12 de la convention des Nations Unies est ainsi rédigé:

> «A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.»

Contrairement à la convention européenne, la convention des Nations Unies ne contient aucune disposition expresse excluant de son champ d'application les actes des forces armées. Cependant, il est indiqué dans le commentaire de l'article 12 de la Commission du droit international que celui-ci ne s'applique pas aux «situations liées à des conflits armés»

problems which may arise between allied States as a result of the stationing of forces. These problems are generally dealt with by special agreements (cf. Art. 33).

. . . . . .

[Article 31] prevents the Convention being interpreted as having any influence upon these matters." (Para. 116; emphasis added.)

68. The Court agrees with Italy that Article 31 takes effect as a "saving clause", with the result that the immunity of a State for the acts of its armed forces falls entirely outside the Convention and has to be determined by reference to customary international law. The consequence, however, is that the inclusion of the "territorial tort principle" in Article 11 of the Convention cannot be treated as support for the argument that a State is not entitled to immunity for torts committed by its armed forces. As the Explanatory Report states, the effect of Article 31 is that the Convention has no influence upon that question. Courts in Belgium (judgment of the Court of First Instance of Ghent in *Botelberghe* v. *German State*, 18 February 2000), Ireland (judgment of the Supreme Court in *McElhinney* v. *Williams*, 15 December 1995, [1995] 3 *Irish Reports* 382; *ILR*, Vol. 104, p. 691), Slovenia (case No. Up-13/99, Constitutional Court, para. 13), Greece (*Margellos* v. *Federal Republic of Germany*, case No. 6/2002, *ILR*, Vol. 129, p. 529) and Poland (judgment of the Supreme Court of Poland, *Natoniewski* v. *Federal Republic of Germany*, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299) have concluded that Article 31 means that the immunity of a State for torts committed by its armed forces is unaffected by Article 11 of the Convention.

69. Article 12 of the United Nations Convention provides,

"Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission."

Unlike the European Convention, the United Nations Convention contains no express provision excluding the acts of armed forces from its scope. However, the International Law Commission's commentary on the text of Article 12 states that that provision does not apply to "situations involving armed conflicts" (*Yearbook of the International Law Commis-*

(*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 10). Lorsqu'il a présenté le rapport du comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leur biens (Nations Unies, doc. A/59/22) à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, le président de ce comité a en outre indiqué que le projet de convention avait été établi en partant du principe généralement admis que les activités militaires n'entraient pas dans le champ de cet instrument (Nations Unies, doc. A/C.6/59/SR.13, p. 6, par. 36).

Aucun Etat n'a contesté cette interprétation. De plus, la Cour relève que deux des Etats ayant, à ce jour, ratifié la convention — la Norvège et la Suède — ont fait des déclarations identiques indiquant que, selon elles, «la Convention ne s'appliqu[ait] pas aux activités militaires, y compris les activités des forces armées pendant un conflit armé, selon la définition donnée à ces termes en vertu du droit international humanitaire, et les activités entreprises par les forces militaires d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles» (Nations Unies, doc. C.N.280.2006.TREATIES-2, et Nations Unies, doc. C.N.912.2009.TREATIES-1). A la lumière de ces différentes déclarations, la Cour conclut que l'inclusion de l'article 12 dans la convention ne peut être considérée comme venant au soutien de l'argument selon lequel le droit international coutumier ne reconnaît pas à un Etat l'immunité dans des procédures ayant trait à des actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis sur le territoire de l'Etat du for par les forces armées et organes associés d'un autre Etat dans le cadre d'un conflit armé.

70. La Cour en vient à la pratique des Etats telle que reflétée par les législations nationales, et relève que neuf des dix Etats auxquels les Parties se sont référées, qui ont spécifiquement légiféré en la matière, ont adopté des dispositions prévoyant qu'un Etat ne peut invoquer l'immunité en ce qui concerne des actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'Etat du for (Etats-Unis d'Amérique: Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers), 28 *USC*, art. 1605 *a)* 5); Royaume-Uni: State Immunity Act 1978 (loi de 1978 sur l'immunité des Etats), art. 5; Afrique du Sud: Foreign States Immunities Act 1981 (loi de 1981 sur l'immunité des Etats étrangers), art. 6; Canada: State Immunity Act 1985 (loi de 1985 sur l'immunité des Etats), art. 6; Australie: Foreign States Immunities Act 1985 (loi de 1985 sur l'immunité des Etats étrangers), art. 13; Singapour: State Immunity Act 1985 (loi de 1985 sur l'immunité des Etats), art. 7; Argentine: loi n° 24.488 (loi de 1995 sur l'immunité des Etats étrangers devant les tribunaux argentins), art. 2 *e)*; Israël: Foreign State Immunity Law 2008 (loi de 2008 sur l'immunité des Etats étrangers), art. 5; et Japon: Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State (loi de 2009 sur la juridiction civile du Japon à l'égard d'un Etat étranger), art. 10). Seule l'ordonnance de 1981 relative à l'immunité des Etats du Pakistan ne contient aucune disposition analogue.

71. Deux de ces textes — les lois sur l'immunité des Etats adoptées par le Royaume-Uni en 1978 (art. 16.2) et par Singapour en 1985

sion, 1991, Vol. II (2), p. 46, para. 10). Moreover, in presenting to the Sixth Committee of the General Assembly the Report of the *Ad Hoc* Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (United Nations doc. A/59/22), the Chairman of the *Ad Hoc* Committee stated that the draft Convention had been prepared on the basis of a general understanding that military activities were not covered (United Nations doc. A/C.6/59/SR.13, p. 6, para. 36).

No State questioned this interpretation. Moreover, the Court notes that two of the States which have so far ratified the Convention, Norway and Sweden, made declarations in identical terms stating their understanding that "the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties" (United Nations doc. C.N.280.2006.TREATIES-2 and United Nations doc. C.N.912.2009.TREATIES-1). In the light of these various statements, the Court concludes that the inclusion in the Convention of Article 12 cannot be taken as affording any support to the contention that customary international law denies State immunity in tort proceedings relating to acts occasioning death, personal injury or damage to property committed in the territory of the forum State by the armed forces and associated organs of another State in the context of an armed conflict.

70. Turning to State practice in the form of national legislation, the Court notes that nine of the ten States referred to by the Parties which have legislated specifically for the subject of State immunity have adopted provisions to the effect that a State is not entitled to immunity in respect of torts occasioning death, personal injury or damage to property occurring on the territory of the forum State (United States of America Foreign Sovereign Immunities Act 1976, 28 *USC*, Sect. 1605 *(a)* (5); United Kingdom State Immunity Act 1978, Sect. 5; South Africa Foreign States Immunities Act 1981, Sect. 6; Canada State Immunity Act 1985, Sect. 6; Australia Foreign States Immunities Act 1985, Sect. 13; Singapore State Immunity Act 1985, Sect. 7; Argentina Law No. 24.488 (Statute on the Immunity of Foreign States before Argentine Tribunals) 1995, Art. 2 *(e)*; Israel Foreign State Immunity Law 2008, Sect. 5; and Japan, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, 2009, Art. 10). Only Pakistan's State Immunity Ordinance 1981 contains no comparable provision.

71. Two of these statutes (the United Kingdom State Immunity Act 1978, Section 16 (2) and the Singapore State Immunity Act 1985, Sec-

(art. 19.2. *a)*) — contiennent des dispositions prévoyant qu'ils ne s'appliquent pas aux instances relatives aux actes des forces armées étrangères. Les dispositions de même nature qui figurent dans les lois en vigueur en Australie, au Canada et en Israël excluent uniquement les actes des forces étrangères présentes sur le territoire de l'Etat avec le consentement de celui-ci ou les questions régies par la législation relative à ces forces (loi sur l'immunité des Etats adoptée par le Canada en 1985, art. 16; loi sur l'immunité des Etats étrangers adoptée par l'Australie en 1985, art. 6; loi sur l'immunité des Etats étrangers adoptée par Israël en 2008, art. 22). Les lois en vigueur en Afrique du Sud, en Argentine et au Japon ne contiennent aucune clause d'exclusion. Cependant, la loi japonaise prévoit (en son article 3) qu'elle «ne portera pas atteinte aux privilèges ou immunités dont jouissent les Etats étrangers ... en vertu des traités ou des règles établies du droit international».

Quant à la loi des Etats-Unis sur l'immunité des Etats étrangers de 1976, elle ne contient aucune disposition expresse concernant les instances relatives aux actes de forces armées étrangères, mais prévoit une exception à la disposition selon laquelle l'immunité ne saurait être invoquée «lorsqu'une action en réparation est intentée contre un Etat étranger à raison de dommages corporels, d'un décès, de dommages matériels ou de pertes de biens survenus aux Etats-Unis et causés par un acte dommageable ou une omission de cet Etat étranger» (art. 1605 *a)* 5)); cette exception s'applique à «toute demande fondée sur l'exercice, ou le défaut d'exercice, de pouvoirs discrétionnaires, qu'il y ait eu ou non abus de pouvoir» (art. 1605 *a)* 5) A)). Interprétant cette disposition, qui n'a pas d'équivalent dans les législations des autres Etats, une juridiction américaine a jugé qu'un Etat étranger dont les agents avaient commis un assassinat aux Etats-Unis ne pouvait jouir de l'immunité (*Letelier c. République du Chili* (1980), tribunal fédéral du district de Columbia (Etats-Unis d'Amérique), *Federal Supplement (F. Supp.)*, vol. 488, p. 665; *ILR*, vol. 63, p. 378). La Cour n'a cependant connaissance d'aucune affaire aux Etats-Unis dans laquelle les juridictions ont eu à appliquer cette disposition à des actes accomplis par les forces armées et organes associés d'Etats étrangers au cours d'un conflit armé.

En effet, dans aucun des sept Etats dont la législation ne prévoit pas d'exception générale en ce qui concerne les actes des forces armées, les tribunaux n'ont été appelés à appliquer la législation en question dans une affaire mettant en cause les forces armées et organes associés d'un Etat étranger ayant agi dans le cadre d'un conflit armé.

72. La Cour en vient à présent à la pratique des Etats, telle que reflétée par les décisions des juridictions nationales, relativement à l'immunité de l'Etat en ce qui concerne les actes de forces armées. La question de savoir si un Etat peut prétendre à l'immunité dans des procédures ayant trait à des actes dommageables que ses forces armées auraient commis alors qu'elles étaient stationnées, ou se déplaçaient, sur le territoire d'un autre Etat avec le consentement de celui-ci a été maintes fois examinée par des juridictions nationales. Les décisions rendues par certaines juridictions égyptienne (*Bassionni Amrane c. John*, *Gazette des Tribunaux mixtes*

tion 19 (2) *(a)*) contain provisions that exclude proceedings relating to the acts of foreign armed forces from their application. The corresponding provisions in the Canadian, Australian and Israeli statutes exclude only the acts of visiting forces present with the consent of the host State or matters covered by legislation regarding such visiting forces (Canada State Immunity Act 1985, Section 16; Australia Foreign States Immunities Act 1985, Section 6; Israel Foreign State Immunity Law 2008, Section 22). The legislation of South Africa, Argentina and Japan contains no exclusion clause. However, the Japanese statute (in Article 3) states that its provisions "shall not affect the privileges or immunities enjoyed by a foreign State . . . based on treaties or the established international law".

The United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976 contains no provision specifically addressing claims relating to the acts of foreign armed forces but its provision that there is no immunity in respect of claims "in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign State" (Sec. 1605 *(a)* (5)) is subject to an exception for "any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused" (Sec. 1605 *(a)* (5) (A)). Interpreting this provision, which has no counterpart in the legislation of other States, a court in the United States has held that a foreign State whose agents committed an assassination in the United States was not entitled to immunity (*Letelier* v. *Republic of Chile* (1980), *Federal Supplement (F. Supp.)*, Vol. 488, p. 665; *ILR*, Vol. 63, p. 378 (United States District Court, District of Columbia)). However, the Court is not aware of any case in the United States where the courts have been called upon to apply this provision to acts performed by the armed forces and associated organs of foreign States in the course of an armed conflict.

Indeed, in none of the seven States in which the legislation contains no general exclusion for the acts of armed forces, have the courts been called upon to apply that legislation in a case involving the armed forces of a foreign State, and associated organs of State, acting in the context of an armed conflict.

72. The Court next turns to State practice in the form of the judgments of national courts regarding State immunity in relation to the acts of armed forces. The question whether a State is entitled to immunity in proceedings concerning torts allegedly committed by its armed forces when stationed on or visiting the territory of another State, with the consent of the latter, has been considered by national courts on a number of occasions. Decisions of the courts of Egypt (*Bassionni Amrane* v. *John*, *Gazette des Tribunaux mixtes d'Egypte*, January 1934, p. 108; *Annual Digest*, Vol. 7, p. 187), Belgium (*S.A. Eau, gaz, électricité et applications* v.

d'Egypte, janvier 1934, p. 108), belge (*S.A. Eau, gaz, électricité et applications c. Office d'aide mutuelle*, Cour d'appel de Bruxelles, *Pasicrisie belge*, 1957, vol. 144, 2e partie, p. 88) et allemande (*Immunité du Royaume-Uni*, Cour d'appel du Schleswig, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1957, vol. 7, p. 400) témoignaient de ce que les tribunaux nationaux accordaient l'immunité lorsque les actes des forces armées étrangères avaient le caractère d'actes *jure imperii*. Depuis lors, plusieurs juridictions nationales ont jugé qu'un Etat jouissait de l'immunité en ce qui concerne des dommages causés par des navires de guerre (*Etats-Unis d'Amérique c. Autorités portuaires d'Eemshaven*, Cour suprême des Pays-Bas, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, n° 567; *Allianz Via Insurance c. Etats-Unis d'Amérique*, Cour d'appel d'Aix-en-Provence, deuxième chambre, arrêt du 3 septembre 1999, *ILR*, vol. 127, p. 148) ou dans le cadre d'exercices militaires (*FILT-CGIL Trento c. Etats-Unis d'Amérique*, Cour de cassation italienne, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, 2000, p. 1155). Au Royaume-Uni, les juridictions nationales ont estimé que le droit international coutumier leur faisait obligation d'accorder l'immunité dans le cadre d'instances se rapportant à des actes dommageables commis par des forces armées étrangères sur le territoire du Royaume-Uni si les actes incriminés étaient des actes *jure imperii* (*Littrell c. Etats-Unis d'Amérique (n° 2)*, Cour d'appel, [1995] 1 *Weekly Law Reports (WLR)* 82; *ILR*, vol. 100, p. 438; *Holland c. Lampen-Wolfe*, Chambre des lords, [2000] 1 *WLR* 1573; *ILR*, vol. 119, p. 367).

La Cour suprême d'Irlande a considéré que le droit international prescrivait d'accorder l'immunité à un Etat étranger pour des actes accomplis *jure imperii* par des membres de ses forces armées, y compris lorsque ces forces se trouvaient sur le territoire de l'Etat du for sans le consentement de celui-ci (*McElhinney c. Williams*, [1995] 3 *Irish Reports* 382; *ILR*, vol. 104, p. 691). La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a par la suite jugé que la décision *McElhinney c. Williams* reflétait une interprétation du droit international largement admise, de telle sorte que l'octroi de l'immunité ne pouvait être considéré comme incompatible avec la convention européenne des droits de l'homme (*McElhinney c. Irlande* [GC], requête n° 31253/96, arrêt du 21 novembre 2001, *CEDH Recueil* 2001-XI, p. 59).

Quoiqu'elles n'aient pas directement trait à la question particulière qui se pose en la présente affaire, ces décisions judiciaires, qui ne semblent pas avoir été infirmées par des décisions rendues par d'autres juridictions nationales, tendent à indiquer qu'un Etat jouit de l'immunité en ce qui concerne des actes *jure imperii* commis par ses forces armées sur le territoire d'un autre Etat.

73. La Cour considère cependant que, aux fins de la présente affaire, la pratique la plus pertinente réside dans les décisions rendues par les juridictions internes qui ont eu à trancher la question de savoir si un Etat pouvait prétendre à l'immunité dans des instances relatives à des actes que ses forces armées auraient commis lors d'un conflit armé. Toutes ces affaires, souvent très similaires sur le plan factuel à celles qui ont été portées devant la justice

Office d'aide mutuelle, Cour d'appel, Brussels, *Pasicrisie belge*, 1957, Vol. 144, 2nd Part, p. 88; *ILR*, Vol. 23, p. 205) and Germany (*Immunity of the United Kingdom*, Court of Appeal of Schleswig, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1957, Vol. 7, p. 400; *ILR*, Vol. 24, p. 207) are earlier examples of national courts according immunity where the acts of foreign armed forces were characterized as *acta jure imperii*. Since then, several national courts have held that a State is immune with respect to damage caused by warships (*United States of America* v. *Eemshaven Port Authority*, Supreme Court of the Netherlands, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, No. 567; *ILR*, Vol. 127, p. 225; *Allianz Via Insurance* v. *United States of America* (1999), *Cour d'appel*, Aix-en-Provence, 2nd Chamber, judgment of 3 September 1999, *ILR*, Vol. 127, p. 148) or military exercises (*FILT-CGIL Trento* v. *United States of America*, Italian Court of Cassation, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 83, 2000, p. 1155; *ILR*, Vol. 128, p. 644). The United Kingdom courts have held that customary international law required immunity in proceedings for torts committed by foreign armed forces on United Kingdom territory if the acts in question were *acta jure imperii* (*Littrell* v. *United States of America (No. 2)*, Court of Appeal, [1995] 1 *Weekly Law Reports (WLR)* 82; *ILR*, Vol. 100, p. 438; *Holland* v. *Lampen-Wolfe*, House of Lords, [2000] 1 *WLR* 1573; *ILR*, Vol. 119, p. 367).

The Supreme Court of Ireland held that international law required that a foreign State be accorded immunity in respect of acts *jure imperii* carried out by members of its armed forces even when on the territory of the forum State without the forum State's permission (*McElhinney* v. *Williams*, [1995] 3 *Irish Reports* 382; *ILR*, Vol. 104, p. 691). The Grand Chamber of the European Court of Human Rights later held that this decision reflected a widely held view of international law so that the grant of immunity could not be regarded as incompatible with the European Convention on Human Rights (*McElhinney* v. *Ireland* [GC], application No. 31253/96, judgment of 21 November 2001, *ECHR Reports* 2001-XI, p. 39; *ILR*, Vol. 123, p. 73, para. 38).

While not directly concerned with the specific issue which arises in the present case, these judicial decisions, which do not appear to have been contradicted in any other national court judgments, suggest that a State is entitled to immunity in respect of *acta jure imperii* committed by its armed forces on the territory of another State.

73. The Court considers, however, that for the purposes of the present case the most pertinent State practice is to be found in those national judicial decisions which concerned the question whether a State was entitled to immunity in proceedings concerning acts allegedly committed by its armed forces in the course of an armed conflict. All of those cases, the facts of which are often very similar to those of the cases before the

italienne, ont trait à des événements de la seconde guerre mondiale. A cet égard, la Cour de cassation française a systématiquement reconnu à l'Allemagne son immunité dans une série d'affaires introduites par des requérants qui avaient été déportés du territoire français occupé pendant la seconde guerre mondiale (pourvoi n° 02-45961, 16 décembre 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, n° 258, p. 206 (l'affaire *Bucheron*); pourvoi n° 03-41851, 2 juin 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, n° 158, p. 132 (l'affaire *X*); et pourvoi n° 04-47504, 3 janvier 2006 (l'affaire *Grosz*)). La Cour relève également que, dans l'affaire *Grosz c. France* (requête n° 14717/06, décision du 16 juin 2009), la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que la France n'avait pas contrevenu à la convention européenne des droits de l'homme dans le cadre de la procédure ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation française de 2006 (arrêt n° 04-47504), au motif que celle-ci avait donné effet à une immunité prescrite par le droit international.

74. Les plus hautes juridictions de Slovénie et de Pologne ont, elles aussi, jugé que l'Allemagne jouissait de l'immunité à l'égard d'actes illicites commis sur le territoire de ces Etats par ses forces armées au cours de la seconde guerre mondiale. En 2001, la Cour constitutionnelle de Slovénie a ainsi jugé que l'Allemagne jouissait de l'immunité à l'égard d'une action intentée par un requérant qui avait été déporté en Allemagne pendant l'occupation, et que la Cour suprême slovène n'avait pas agi de manière arbitraire en retenant cette immunité (affaire n° Up-13/99, arrêt du 8 mars 2001). Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 29 octobre 2010 en l'affaire *Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne* (*Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299), la Cour suprême de Pologne a, pour sa part, conclu à l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'une action engagée par un requérant qui avait été blessé en 1944 lorsque les forces allemandes avaient incendié son village situé en Pologne occupée et tué plusieurs centaines de villageois. La Cour suprême, après s'être livrée à un examen approfondi des décisions rendues dans les affaires *Ferrini*, *Distomo* et *Margellos*, ainsi que des dispositions de la convention européenne, de la convention des Nations Unies et de divers autres éléments, a conclu que les Etats continuaient de jouir de l'immunité pour les actes dommageables que leurs forces armées étaient accusées d'avoir commis au cours d'un conflit armé. Des décisions reconnaissant l'immunité de l'Allemagne dans le cadre d'actions engagées relativement à des actes de guerre perpétrés sur le territoire ou dans les eaux des Etats concernés ont également été rendues par des juridictions inférieures en Belgique (jugement rendu par le tribunal de première instance de Gand en l'affaire *Botelberghe c. Allemagne* (2000)), en Serbie (jugement du tribunal de première instance de Leskovac en date du 1er novembre 2001) et au Brésil (*Barreto c. République fédérale d'Allemagne*, Cour fédérale de Rio de Janeiro, arrêt du 9 juillet 2008 ayant retenu l'immunité de l'Allemagne dans le cadre d'une procédure engagée à raison de la destruction, par un sous-marin allemand, d'un navire de pêche brésilien dans les eaux du Brésil).

75. Enfin, la Cour relève que les juridictions allemandes ont, elles aussi, conclu que l'exception territoriale ne privait pas l'Etat de l'immunité que

Italian courts, concern the events of the Second World War. In this context, the *Cour de cassation* in France has consistently held that Germany was entitled to immunity in a series of cases brought by claimants who had been deported from occupied French territory during the Second World War (No. 02-45961, 16 December 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, No. 258, p. 206 (the *Bucheron* case); No. 03-41851, 2 June 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, No. 158, p. 132 (the *X* case) and No. 04-47504, 3 January 2006 (the *Grosz* case)). The Court also notes that the European Court of Human Rights held in *Grosz* v. *France* (application No. 14717/06, decision of 16 June 2009) that France had not contravened the European Convention on Human Rights in the proceedings which were the subject of the 2006 *Cour de cassation* judgment (judgment No. 04-47504), because the *Cour de cassation* had given effect to an immunity required by international law.

74. The highest courts in Slovenia and Poland have also held that Germany was entitled to immunity in respect of unlawful acts perpetrated on their territory by its armed forces during the Second World War. In 2001 the Constitutional Court of Slovenia ruled that Germany was entitled to immunity in an action brought by a claimant who had been deported to Germany during the German occupation and that the Supreme Court of Slovenia had not acted arbitrarily in upholding that immunity (case No. Up-13/99, judgment of 8 March 2001). The Supreme Court of Poland held, in *Natoniewski* v. *Federal Republic of Germany* (judgment of 29 October 2010, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299), that Germany was entitled to immunity in an action brought by a claimant who in 1944 had suffered injuries when German forces burned his village in occupied Poland and murdered several hundred of its inhabitants. The Supreme Court, after an extensive review of the decisions in *Ferrini*, *Distomo* and *Margellos*, as well as the provisions of the European Convention and the United Nations Convention and a range of other materials, concluded that States remained entitled to immunity in respect of torts allegedly committed by their armed forces in the course of an armed conflict. Judgments by lower courts in Belgium (judgment of the Court of First Instance of Ghent in 2000 in *Botelberghe* v. *German State*), Serbia (judgment of the Court of First Instance of Leskovac, 1 November 2001) and Brazil (*Barreto* v. *Federal Republic of Germany*, Federal Court, Rio de Janeiro, judgment of 9 July 2008 holding Germany immune in proceedings regarding the sinking of a Brazilian fishing vessel by a German submarine in Brazilian waters) have also held that Germany was immune in actions for acts of war committed on their territory or in their waters.

75. Finally, the Court notes that the German courts have also concluded that the territorial tort principle did not remove a State's entitle-

lui reconnaît le droit international en ce qui concerne les actes commis par ses forces armées, quand bien même ceux-ci auraient été commis sur le territoire de l'Etat du for (arrêt de la Cour suprême fédérale du 26 juin 2003 (*Ressortissants grecs c. République fédérale d'Allemagne*, affaire nº III ZR 245/98, *NJW*, 2003, p. 3488; *ILR*, vol. 129, p. 556), déclarant non exécutoire en Allemagne le jugement grec dans l'affaire *Distomo* au motif qu'il avait été rendu en violation du droit de l'Allemagne à l'immunité).

76. Le seul Etat dans lequel une certaine pratique judiciaire semble étayer l'argument de l'Italie — si l'on excepte les décisions des juridictions italiennes qui font l'objet de la présente instance — est la Grèce. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2000 en l'affaire *Distomo*, la Cour de cassation grecque s'est livrée à une analyse approfondie de l'exception territoriale sans jamais laisser entendre que celle-ci ne valait pas également pour les actes commis par les forces armées dans le cadre d'un conflit armé. Cependant, dans la décision qu'il a rendue en l'affaire *Margellos c. République fédérale d'Allemagne* (affaire nº 6/2002, *ILR*, vol. 129, p. 525), le Tribunal supérieur spécial grec a contredit le raisonnement de la Cour de cassation grecque dans l'affaire *Distomo* et conclu que l'Allemagne jouissait de l'immunité. Il a notamment indiqué que l'exception territoriale n'était pas applicable aux actes perpétrés par les forces armées d'un Etat au cours d'un conflit armé. Quoique cette décision ne change rien à l'issue de l'affaire *Distomo*, point sur lequel la Cour reviendra plus loin, la Grèce a toutefois indiqué devant la Cour que les tribunaux et autres organes grecs ayant à se prononcer sur l'applicabilité de l'immunité dans le cas d'actes dommageables qui auraient été commis par des forces armées étrangères sur son sol étaient désormais tenus de se conformer à la position du Tribunal supérieur spécial dans sa décision en l'affaire *Margellos*, sauf s'ils considéraient que le droit international coutumier avait évolué depuis que cette décision avait été rendue. L'Allemagne a fait observer que, depuis le prononcé de la décision en l'affaire *Margellos*, aucune juridiction grecque n'avait refusé de lui reconnaître l'immunité dans le cadre d'une action engagée à son encontre à raison d'actes dommageables qu'auraient commis ses forces armées pendant la seconde guerre mondiale et que, dans un arrêt rendu en 2009 (arrêt nº 853/2009), la Cour de cassation grecque, tout en fondant sa décision sur des motifs différents, avait approuvé le raisonnement suivi dans l'affaire *Margellos*. Eu égard à la décision rendue en l'affaire *Margellos*, au *dictum* formulé dans cet arrêt de 2009, ainsi qu'à la décision du Gouvernement grec de ne pas autoriser l'exécution de l'arrêt *Distomo* sur le sol même de la Grèce — refus que ce Gouvernement a défendu devant la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (requête nº 59021/00, décision du 12 décembre 2002, *CEDH Recueil* 2002-X, p. 391) —, la Cour conclut que la pratique suivie par l'Etat grec, considérée dans son ensemble, contredit plutôt qu'elle n'étaye l'argument de l'Italie.

77. De l'avis de la Cour, la pratique étatique qui ressort des décisions judiciaires atteste qu'un Etat continue de jouir, dans le cadre d'instances

ment to immunity under international law in respect of acts committed by its armed forces, even where those acts took place on the territory of the forum State (judgment of the Federal Supreme Court of 26 June 2003 (*Greek Citizens* v. *Federal Republic of Germany*, case No. III ZR 245/98, *NJW*, 2003, p. 3488; *ILR*, Vol. 129, p. 556), declining to give effect in Germany to the Greek judgment in the *Distomo* case on the ground that it had been given in breach of Germany's entitlement to immunity).

76. The only State in which there is any judicial practice which appears to support the Italian argument, apart from the judgments of the Italian courts which are the subject of the present proceedings, is Greece. The judgment of the Hellenic Supreme Court in the *Distomo* case in 2000 contains an extensive discussion of the territorial tort principle without any suggestion that it does not extend to the acts of armed forces during an armed conflict. However, the Greek Special Supreme Court, in its judgment in *Margellos* v. *Federal Republic of Germany* (case No. 6/2002, *ILR*, Vol. 129, p. 525), repudiated the reasoning of the Supreme Court in *Distomo* and held that Germany was entitled to immunity. In particular, the Special Supreme Court held that the territorial tort principle was not applicable to the acts of the armed forces of a State in the conduct of armed conflict. While that judgment does not alter the outcome in the *Distomo* case, a matter considered below, Greece has informed the Court that courts and other bodies in Greece faced with the same issue of whether immunity is applicable to torts allegedly committed by foreign armed forces in Greece are required to follow the stance taken by the Special Supreme Court in its decision in *Margellos* unless they consider that customary international law has changed since the *Margellos* judgment. Germany has pointed out that, since the judgment in *Margellos* was given, no Greek court has denied immunity in proceedings brought against Germany in respect of torts allegedly committed by German armed forces during the Second World War and in a 2009 decision (decision No. 853/2009), the Supreme Court, although deciding the case on a different ground, approved the reasoning in *Margellos*. In view of the judgment in *Margellos* and the dictum in the 2009 case, as well as the decision of the Greek Government not to permit enforcement of the *Distomo* judgment in Greece itself and the Government's defence of that decision before the European Court of Human Rights in *Kalogeropoulou and Others* v. *Greece and Germany* (application No. 59021/00, decision of 12 December 2002, *ECHR Reports* 2002-X, p. 417; *ILR*, Vol. 129, p. 537), the Court concludes that Greek State practice taken as a whole actually contradicts, rather than supports, Italy's argument.

77. In the Court's opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State immunity for *acta jure imperii*

civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'Etat du for. Cette pratique est assortie de l'*opinio juris*, ainsi que l'attestent les positions de divers Etats et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité. L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun Etat n'a jamais déclaré — que ce soit dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur l'immunité de l'Etat, de l'adoption de la convention des Nations Unies ou dans tout autre contexte dont la Cour pourrait avoir connaissance — que le droit international coutumier ne prescrirait pas l'immunité dans ce type d'affaires.

78. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé. Cette conclusion est confirmée par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dont il a été fait mention ci-dessus (voir paragraphes 72, 73 et 76).

79. En conséquence, la Cour conclut que, contrairement à ce qu'a soutenu l'Italie dans le cadre de la présente instance, la décision des juridictions italiennes de ne pas accorder l'immunité à l'Allemagne ne saurait être justifiée sur la base de l'exception territoriale.

3. Le second argument de l'Italie. l'objet et les circonstances des demandes présentées aux juridictions italiennes

80. Le second argument de l'Italie, qui, à la différence du premier, s'applique à toutes les réclamations portées devant la justice italienne, consiste à soutenir que le refus de l'immunité était justifié en raison de la nature particulière des actes qui faisaient l'objet de ces réclamations et compte tenu des circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivaient. Cet argument comporte trois volets. Tout d'abord, l'Italie fait valoir que les actes qui ont donné lieu auxdites réclamations constituaient des violations graves des principes du droit international applicables à la conduite des conflits armés, à savoir des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Ensuite, elle soutient que les règles du droit international ainsi violées étaient des règles impératives *(jus cogens)*. Enfin, elle allègue que, dès lors que les requérants s'étaient vu refuser toute autre forme de réparation, l'exercice par les juridictions italiennes de leur compétence était nécessaire à titre de dernier recours. La Cour examinera tour à tour chacun de ces volets, tout en relevant que l'Italie a aussi, à l'audience, fait valoir que ses juridictions avaient été fondées à refuser l'immunité à l'Allemagne en raison de l'effet combiné de ces trois volets.

continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State. That practice is accompanied by *opinio juris*, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity. The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States in connection with the work of the International Law Commission regarding State immunity and the adoption of the United Nations Convention or, so far as the Court has been able to discover, in any other context asserting that customary international law does not require immunity in such cases.

78. In light of the foregoing, the Court considers that customary international law continues to require that a State be accorded immunity in proceedings for torts allegedly committed on the territory of another State by its armed forces and other organs of State in the course of conducting an armed conflict. That conclusion is confirmed by the judgments of the European Court of Human Rights to which the Court has referred (see paragraphs 72, 73 and 76).

79. The Court therefore concludes that, contrary to what had been argued by Italy in the present proceedings, the decision of the Italian courts to deny immunity to Germany cannot be justified on the basis of the territorial tort principle.

3. Italy's Second Argument: The Subject-Matter and Circumstances of the Claims in the Italian Courts

80. Italy's second argument, which, unlike its first argument, applies to all of the claims brought before the Italian courts, is that the denial of immunity was justified on account of the particular nature of the acts forming the subject-matter of the claims before the Italian courts and the circumstances in which those claims were made. There are three strands to this argument. First, Italy contends that the acts which gave rise to the claims constituted serious violations of the principles of international law applicable to the conduct of armed conflict, amounting to war crimes and crimes against humanity. Secondly, Italy maintains that the rules of international law thus contravened were peremptory norms *(jus cogens)*. Thirdly, Italy argues that the claimants having been denied all other forms of redress, the exercise of jurisdiction by the Italian courts was necessary as a matter of last resort. The Court will consider each of these strands in turn, while recognizing that, in the oral proceedings, Italy also contended that its courts had been entitled to deny State immunity because of the combined effect of these three strands.

A. La gravité des violations

81. Le premier volet est fondé sur l'idée que le droit international n'accorde pas l'immunité à un Etat ayant commis des violations graves du droit des conflits armés (ou droit international humanitaire, pour reprendre l'expression communément utilisée aujourd'hui, qui n'était toutefois pas employée dans les années 1943-1945) ou, à tout le moins, restreint son droit à l'immunité. Dans la présente affaire, la Cour a déjà clairement indiqué (voir paragraphe 52 ci-dessus) que les actes des forces armées allemandes et d'autres organes du Reich allemand qui sont à l'origine des instances portées devant les juridictions italiennes étaient des violations graves du droit des conflits armés, constitutives de crimes en droit international. La question est de savoir si, de ce fait, l'Allemagne est privée de son droit à l'immunité.

82. La Cour se doit toutefois d'observer d'emblée que l'idée de subordonner, dans une certaine mesure, le droit à l'immunité à la gravité de l'acte illicite en cause pose un problème de logique. L'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même. Elle revêt donc nécessairement un caractère préliminaire. C'est par conséquent avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire portée devant lui et avant que les faits aient été établis que le tribunal national saisi doit déterminer si, au regard du droit international, un Etat peut ou non prétendre à l'immunité. Si l'immunité devait être fonction du point de savoir si l'Etat a véritablement commis une violation grave du droit international des droits de l'homme ou du droit des conflits armés, le tribunal interne saisi devrait se livrer à un examen au fond pour déterminer s'il a compétence. Si, en revanche, il suffisait d'accuser l'Etat d'avoir commis des actes illicites de cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité.

83. Cela étant dit, la Cour doit néanmoins rechercher si le droit international coutumier a évolué au point d'interdire à un Etat de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés. Hormis les décisions de la justice italienne qui font l'objet de la présente instance, il n'existe quasiment aucune pratique étatique qui puisse être considérée comme étayant la proposition selon laquelle un Etat serait privé de son droit à l'immunité en pareil cas. Bien que, en l'affaire *Distomo*, la Cour de cassation grecque ait retenu une variante de cette proposition, le Tribunal supérieur spécial a écarté cette approche deux ans plus tard dans l'affaire *Margellos*. Ainsi que la Cour l'a noté au paragraphe 76 ci-dessus, en vertu du droit grec, c'est la position adoptée en l'affaire *Margellos* qui doit être suivie dans les affaires ultérieures, à moins que les juridictions grecques ne constatent une évolution du droit international coutumier depuis 2002, ce que, à ce jour, elles n'ont pas fait. La Cour considère que, comme en ce qui concerne l'exception territoriale, la pratique grecque, considérée dans son ensemble, tend à infirmer l'idée que la proposition avancée par l'Italie reflète l'état actuel du droit international coutumier.

A. The gravity of the violations

81. The first strand is based upon the proposition that international law does not accord immunity to a State, or at least restricts its right to immunity, when that State has committed serious violations of the law of armed conflict (international humanitarian law as it is more commonly termed today, although the term was not used in 1943-1945). In the present case, the Court has already made clear (see paragraph 52 above) that the actions of the German armed forces and other organs of the German Reich giving rise to the proceedings before the Italian courts were serious violations of the law of armed conflict which amounted to crimes under international law. The question is whether that fact operates to deprive Germany of an entitlement to immunity.

82. At the outset, however, the Court must observe that the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem. Immunity from jurisdiction is an immunity not merely from being subjected to an adverse judgment but from being subjected to the trial process. It is, therefore, necessarily preliminary in nature. Consequently, a national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established. If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim.

83. That said, the Court must nevertheless inquire whether customary international law has developed to the point where a State is not entitled to immunity in the case of serious violations of human rights law or the law of armed conflict. Apart from the decisions of the Italian courts which are the subject of the present proceedings, there is almost no State practice which might be considered to support the proposition that a State is deprived of its entitlement to immunity in such a case. Although the Hellenic Supreme Court in the *Distomo* case adopted a form of that proposition, the Special Supreme Court in *Margellos* repudiated that approach two years later. As the Court has noted in paragraph 76 above, under Greek law it is the stance adopted in *Margellos* which must be followed in later cases unless the Greek courts find that there has been a change in customary international law since 2002, which they have not done. As with the territorial tort principle, the Court considers that Greek practice, taken as a whole, tends to deny that the proposition advanced by Italy has become part of customary international law.

84. La pratique d'autres Etats attestant que, en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'Etat est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée est en outre fort importante.

85. Cette pratique ressort clairement des décisions des juridictions nationales. L'argument selon lequel le droit international n'imposerait plus l'immunité à un Etat lorsque sont en cause des allégations de violations graves du droit international des droits de l'homme, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité a été rejeté par la justice canadienne (*Bouzari c. République islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario, [2004] *Dominion Law Reports (DLR)*, 4th Series, vol. 243, p. 406; *ILR*, vol. 128, p. 586; allégations de torture), française (arrêt de la Cour d'appel de Paris, 9 septembre 2002, et arrêt de la Cour de cassation, pourvoi n° 02-45961, 16 décembre 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, n° 258, p. 206 (l'affaire *Bucheron*); arrêts de la Cour de cassation, pourvoi n° 03-41851, 2 juin 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, n° 158, p. 132 (l'affaire *X*), et pourvoi n° 04-47504, 3 janvier 2006 (l'affaire *Grosz*); allégations de crimes contre l'humanité), slovène (affaire n° Up-13/99, Cour constitutionnelle de Slovénie; allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité), néo-zélandaise (*Fang c. Jiang*, Haute Cour, [2007] *New Zealand Administrative Reports (NZAR)*, p. 420; *ILR*, vol. 141, p. 702; allégations de torture), polonaise (arrêt de la Cour suprême de Pologne en l'affaire *Natoniewski*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299; allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité) et britannique (*Jones c. Arabie saoudite*, Chambre des lords, [2007] 1 *Appeal Cases (AC)* 270; *ILR*, vol. 129, p. 629; allégations de torture).

86. La Cour relève que, dans sa réponse à une question que lui a posée un membre de la Cour, l'Italie elle-même a semblé douter de cet aspect de sa défense. L'Italie a, en effet, indiqué ce qui suit :

> « L'Italie sait que d'aucuns estiment que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne sauraient être considérés comme des actes de souveraineté pour lesquels l'Etat est en droit d'invoquer l'immunité souveraine comme moyen de défense... Si l'Italie reconnaît que, dans ce domaine, le droit de l'immunité des Etats est en pleine évolution, elle admet également qu'on ne peut dire à ce stade si cette évolution aboutira à une nouvelle exception générale à l'immunité — à savoir une règle permettant de refuser de reconnaître l'immunité dans le cas de toute demande d'indemnisation à raison de crimes internationaux. »

Pareil doute ressort également des ordonnances rendues par la Cour de cassation italienne dans les affaires *Mantelli* et *Maietta* (ordonnances du 29 mai 2008).

87. La Cour ne considère pas que la décision rendue au Royaume-Uni en l'affaire *Pinochet (n° 3)* ([2000] 1 *AC* 147; *ILR*, vol. 119, p. 136) soit pertinente, et ce, bien que la Cour de cassation italienne l'ait invoquée en

84. In addition, there is a substantial body of State practice from other countries which demonstrates that customary international law does not treat a State's entitlement to immunity as dependent upon the gravity of the act of which it is accused or the peremptory nature of the rule which it is alleged to have violated.

85. That practice is particularly evident in the judgments of national courts. Arguments to the effect that international law no longer required State immunity in cases of allegations of serious violations of international human rights law, war crimes or crimes against humanity have been rejected by the courts in Canada (*Bouzari* v. *Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, [2004] *Dominion Law Reports (DLR)*, 4th Series, Vol. 243, p. 406; *ILR*, Vol. 128, p. 586; allegations of torture), France (judgment of the Court of Appeal of Paris, 9 September 2002, and *Cour de cassation*, No. 02-45961, 16 December 2003, *Bulletin civil de la Cour de cassation (Bull. civ.)*, 2003, I, No. 258, p. 206 (the *Bucheron* case); *Cour de cassation*, No. 03-41851, 2 June 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, No. 158, p. 132 (the *X* case) and *Cour de cassation*, No. 04-47504, 3 January 2006 (the *Grosz* case); allegations of crimes against humanity), Slovenia (case No. Up-13/99, Constitutional Court of Slovenia; allegations of war crimes and crimes against humanity), New Zealand (*Fang* v. *Jiang*, High Court, [2007] *New Zealand Administrative Reports (NZAR)*, p. 420; *ILR*, Vol. 141, p. 702; allegations of torture), Poland (*Natoniewski*, Supreme Court, 2010, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299; allegations of war crimes and crimes against humanity) and the United Kingdom (*Jones* v. *Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 *Appeal Cases (AC)* 270; *ILR*, Vol. 129, p. 629; allegations of torture).

86. The Court notes that, in its response to a question posed by a Member of the Court, Italy itself appeared to demonstrate uncertainty about this aspect of its case. Italy commented,

> "Italy is aware of the view according to which war crimes and crimes against humanity could not be considered to be sovereign acts for which the State is entitled to invoke the defence of sovereign immunity . . . While Italy acknowledges that in this area the law of State immunity is undergoing a process of change, it also recognizes that it is not clear at this stage whether this process will result in a new general exception to immunity — namely a rule denying immunity with respect to every claim for compensation arising out [of] international crimes."

A similar uncertainty is evident in the orders of the Italian Court of Cassation in *Mantelli* and *Maietta* (orders of 29 May 2008).

87. The Court does not consider that the United Kingdom judgment in *Pinochet (No. 3)* ([2000] 1 *AC* 147; *ILR*, Vol. 119, p. 136) is relevant, notwithstanding the reliance placed on that judgment by the Italian Court

l'affaire *Ferrini*. L'affaire *Pinochet* avait en effet trait à l'immunité de juridiction pénale d'un ancien chef d'Etat devant les tribunaux d'un autre Etat, et non à l'immunité de l'Etat lui-même, dans le cadre d'une procédure visant à établir son obligation de réparer des dommages. Cette distinction entre l'immunité d'un représentant de l'Etat et celle de l'Etat lui-même a été soulignée par plusieurs juges ayant siégé en l'affaire *Pinochet* (lord Hutton (p. 254 et 264), lord Millett (p. 278) et lord Phillips (p. 280-281)). Dans la décision qu'elle a ultérieurement rendue en l'affaire *Jones c. Arabie saoudite* ([2007] 1 *AC* 270; *ILR*, vol. 129, p. 629), la Chambre des lords a apporté un nouvel éclairage sur cette distinction, lord Bingham ayant qualifié la différence entre les procédures pénales et les procédures civiles de «fondamentale aux fins de la décision» rendue en l'affaire *Pinochet* (par. 32). La Cour relève en outre que la décision rendue en l'affaire *Pinochet* était fondée sur les dispositions particulières de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, qui n'a aucune incidence en la présente espèce.

88. En ce qui concerne la législation nationale, l'Italie s'est référée à un amendement à la loi des Etats-Unis sur l'immunité des Etats étrangers adopté à l'origine en 1996. Cet amendement exclut l'immunité pour certains actes déterminés (par exemple, les actes de torture et les exécutions extrajudiciaires) qui auraient été commis par un Etat que le Gouvernement des Etats-Unis a «désigné comme soutien du terrorisme» (28 *USC* 1605A). La Cour relève que cet amendement n'a pas d'équivalent dans la législation d'autres Etats. Aucun des Etats qui a légiféré sur la question de l'immunité de l'Etat n'a pris de disposition pour limiter celle-ci en raison de la gravité des actes allégués.

89. La Cour relève également qu'aucune limitation à l'immunité de l'Etat fondée sur la gravité de la violation ou sur le caractère impératif de la règle violée ne figure dans la convention européenne, la convention des Nations Unies ou le projet de convention interaméricaine. La question de savoir si une disposition à cet effet était nécessaire ayant été soulevée lors de l'élaboration du texte de ce qui est devenu la convention des Nations Unies, il est particulièrement significatif que cet instrument ne contienne pas de clause de cette nature. En 1999, la Commission du droit international a constitué un groupe de travail qui a examiné diverses évolutions dans la pratique relative à certaines questions se rapportant à l'immunité de l'Etat, telles que mises en évidence par la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Dans un appendice de son rapport, ce groupe de travail a évoqué, à titre complémentaire, certaines évolutions ayant trait aux réclamations «en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*», et précisé que cette question ne devait pas être négligée, bien qu'il n'ait pas recommandé d'amender le texte des articles de la Commission du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II, deuxième partie, p. 180-181). La question a ensuite été examinée par le groupe de travail établi par la Sixième Commission de l'Assemblée générale, qui, en 1999, a

of Cassation in *Ferrini*. *Pinochet* concerned the immunity of a former Head of State from the criminal jurisdiction of another State, not the immunity of the State itself in proceedings designed to establish its liability to damages. The distinction between the immunity of the official in the former type of case and that of the State in the latter case was emphasized by several of the judges in *Pinochet* (Lord Hutton at pp. 254 and 264, Lord Millett at p. 278 and Lord Phillips at pp. 280-281). In its later judgment in *Jones* v. *Saudi Arabia* ([2007] 1 *AC* 270; *ILR*, Vol. 129, p. 629), the House of Lords further clarified this distinction, Lord Bingham describing the distinction between criminal and civil proceedings as "fundamental to the decision" in *Pinochet* (para. 32). Moreover, the rationale for the judgment in *Pinochet* was based upon the specific language of the 1984 United Nations Convention against Torture, which has no bearing on the present case.

88. With reference to national legislation, Italy referred to an amendment to the United States Foreign Sovereign Immunities Act, first adopted in 1996. That amendment withdraws immunity for certain specified acts (for example, torture and extra-judicial killings) if allegedly performed by a State which the United States Government has "designated as a State sponsor of terrorism" (28 *USC* 1605A). The Court notes that this amendment has no counterpart in the legislation of other States. None of the States which has enacted legislation on the subject of State immunity has made provision for the limitation of immunity on the grounds of the gravity of the acts alleged.

89. It is also noticeable that there is no limitation of State immunity by reference to the gravity of the violation or the peremptory character of the rule breached in the European Convention, the United Nations Convention or the draft Inter-American Convention. The absence of any such provision from the United Nations Convention is particularly significant, because the question whether such a provision was necessary was raised at the time that the text of what became the Convention was under consideration. In 1999 the International Law Commission established a Working Group which considered certain developments in practice regarding some issues of State immunity which had been identified by the Sixth Committee of the General Assembly. In an appendix to its report, the Working Group referred, as an additional matter, to developments regarding claims "in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of *jus cogens*" and stated that this issue was one which should not be ignored, although it did not recommend any amendment to the text of the International Law Commission Articles (*Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II (2), pp. 171-172). The matter was then considered by the Working Group established by the Sixth Committee of the General Assembly, which reported later in 1999 that it had decided not to take up the matter as "it did not seem to be ripe enough for the Working

indiqué qu'il avait décidé de ne pas la traiter étant donné qu'« elle ne semblait pas assez mûre pour justifier que le Groupe de travail amorce une œuvre de codification à son sujet » et qu'il incombait à la Sixième Commission de décider, le cas échéant, de la marche à suivre (Nations Unies, doc. A/C.6/54/L.12, p. 7, par. 13). Lors des débats ultérieurs au sein de la Sixième Commission, aucun Etat n'a suggéré de faire figurer une limitation découlant du *jus cogens* dans la convention. La Cour estime que ces éléments tirés de la genèse de cet instrument indiquent que, au moment de l'adoption de la convention des Nations Unies en 2004, les Etats ne considéraient pas que le droit international coutumier limitait l'immunité de la manière que prétend aujourd'hui l'Italie.

90. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas accepté l'idée selon laquelle les Etats ne jouiraient plus de l'immunité dans des affaires se rapportant à des violations graves du droit international humanitaire ou des droits de l'homme. En 2001, la Grande Chambre de cette Cour est parvenue — certes à une faible majorité, par neuf voix contre huit — à la conclusion suivante :

> « Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture. » (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, *CEDH Recueil* 2001-XI, p. 141, par. 61.)

L'année suivante, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé irrecevable la requête par laquelle avait été introduite l'affaire *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, qui portait sur le refus du Gouvernement grec de permettre l'exécution de l'arrêt *Distomo*, en affirmant ce qui suit :

> « Toutefois, la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat. » (Requête n° 59021/00, décision du 12 décembre 2002, *CEDH Recueil* 2002-X, p. 391.)

91. La Cour conclut que, en l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés. En formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'Etat lui-même devant les tribunaux d'un autre Etat ; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'Etat n'est pas posée en l'espèce.

Group to engage in a codification exercise over it" and commented that it was for the Sixth Committee to decide what course of action, if any, should be taken (United Nations doc. A/C.6/54/L.12, p. 7, para. 13). During the subsequent debates in the Sixth Committee no State suggested that a *jus cogens* limitation to immunity should be included in the Convention. The Court considers that this history indicates that, at the time of adoption of the United Nations Convention in 2004, States did not consider that customary international law limited immunity in the manner now suggested by Italy.

90. The European Court of Human Rights has not accepted the proposition that States are no longer entitled to immunity in cases regarding serious violations of international humanitarian law or human rights law. In 2001, the Grand Chamber of that Court, by the admittedly narrow majority of nine to eight, concluded that,

> "Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged." (*Al-Adsani* v. *United Kingdom* [GC], application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, *ECHR Reports* 2001-XI, p. 101, para. 61; *ILR*, Vol. 123, p. 24.)

The following year, in *Kalogeropoulou and Others* v. *Greece and Germany*, the European Court of Human Rights rejected an application relating to the refusal of the Greek Government to permit enforcement of the *Distomo* judgment and said that,

> "The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity." (Application No. 59021/00, decision of 12 December 2002, *ECHR Reports* 2002-X, p. 417; *ILR*, Vol. 129, p. 537.)

91. The Court concludes that, under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case.

B. La relation entre le jus cogens *et la règle de l'immunité de l'Etat*

92. La Cour en vient maintenant au deuxième volet de l'argument de l'Italie, selon lequel les règles violées par l'Allemagne entre 1943 et 1945 relèveraient du *jus cogens*. Cet aspect de la défense italienne repose sur l'hypothèse qu'il existerait un conflit entre les règles de *jus cogens* qui font partie du droit des conflits armés et la reconnaissance de l'immunité de l'Allemagne. Selon l'Italie, les règles de *jus cogens* prévalent toujours sur toute règle contraire du droit international, qu'elle figure dans un traité ou relève du droit international coutumier; la règle en vertu de laquelle un Etat jouit de l'immunité devant les juridictions d'un autre Etat n'ayant pas le statut de *jus cogens*, elle devrait donc être écartée.

93. Par conséquent, cet argument repose sur l'existence d'un conflit entre une règle, ou des règles, de *jus cogens* et la règle de droit coutumier qui fait obligation à un Etat d'accorder l'immunité à un autre. Or, de l'avis de la Cour, pareil conflit n'existe pas. A supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'Etat sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. C'est pourquoi le fait d'appliquer le droit contemporain de l'immunité de l'Etat à une instance relative à des événements survenus entre 1943 et 1945 ne porte pas atteinte au principe selon lequel les tribunaux ne doivent pas appliquer le droit de manière rétroactive aux fins de se prononcer sur des questions de licéité et de responsabilité (comme la Cour l'a expliqué au paragraphe 58 ci-dessus). Pour la même raison, le fait de reconnaître l'immunité d'un Etat étranger conformément au droit international coutumier ne revient pas à juger licite une situation créée par la violation d'une règle de *jus cogens*, ni à prêter aide ou assistance au maintien de cette situation, et ne saurait donc contrevenir au principe énoncé à l'article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat.

94. En l'espèce, la violation des règles interdisant le meurtre, la déportation et le travail forcé a eu lieu entre 1943 et 1945. Tous les intéressés s'accordent à reconnaître le caractère illicite de ces actes. L'application des règles de l'immunité de l'Etat aux fins de déterminer si les juridictions italiennes peuvent connaître de réclamations fondées sur pareilles violations ne saurait créer le moindre conflit avec les règles qui ont été violées. Mettre l'accent sur l'obligation de réparation de l'Etat responsable plutôt que sur le fait illicite initial ne rend pas l'argument plus convaincant. L'obligation de réparation est une règle qui existe indépendamment des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet. Or, le droit de l'immunité de l'Etat ne

B. The relationship between jus cogens *and the rule of State immunity*

92. The Court now turns to the second strand in Italy's argument, which emphasizes the *jus cogens* status of the rules which were violated by Germany during the period 1943-1945. This strand of the argument rests on the premise that there is a conflict between *jus cogens* rules forming part of the law of armed conflict and according immunity to Germany. Since *jus cogens* rules always prevail over any inconsistent rule of international law, whether contained in a treaty or in customary international law, so the argument runs, and since the rule which accords one State immunity before the courts of another does not have the status of *jus cogens*, the rule of immunity must give way.

93. This argument therefore depends upon the existence of a conflict between a rule, or rules, of *jus cogens*, and the rule of customary law which requires one State to accord immunity to another. In the opinion of the Court, however, no such conflict exists. Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *jus cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful. That is why the application of the contemporary law of State immunity to proceedings concerning events which occurred in 1943-1945 does not infringe the principle that law should not be applied retrospectively to determine matters of legality and responsibility (as the Court has explained in paragraph 58 above). For the same reason, recognizing the immunity of a foreign State in accordance with customary international law does not amount to recognizing as lawful a situation created by the breach of a *jus cogens* rule, or rendering aid and assistance in maintaining that situation, and so cannot contravene the principle in Article 41 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility.

94. In the present case, the violation of the rules prohibiting murder, deportation and slave labour took place in the period 1943-1945. The illegality of these acts is openly acknowledged by all concerned. The application of rules of State immunity to determine whether or not the Italian courts have jurisdiction to hear claims arising out of those violations cannot involve any conflict with the rules which were violated. Nor is the argument strengthened by focusing upon the duty of the wrongdoing State to make reparation, rather than upon the original wrongful act. The duty to make reparation is a rule which exists independently of those rules which concern the means by which it is to be effected. The law of

concerne que les secondes. Une décision tendant à reconnaître l'immunité à un Etat n'entre donc pas davantage en conflit avec l'obligation de réparation qu'avec la règle interdisant le fait illicite commis à l'origine. De surcroît, pendant un siècle, la quasi-totalité des traités de paix ou règlements d'après guerre ont reflété le choix soit de ne pas exiger le versement d'indemnités, soit de recourir à titre de compensation au versement d'une somme forfaitaire. Compte tenu de cette pratique, il est difficile d'apercevoir en droit international une règle imposant une indemnisation complète pour chacune des victimes, dont la communauté internationale des Etats dans son ensemble s'accorderait à estimer qu'elle ne peut souffrir aucune dérogation.

95. Pour autant qu'il serait soutenu qu'une règle n'ayant pas le caractère de *jus cogens* ne saurait être appliquée si cela devait affaiblir la mise en œuvre d'une règle de cette nature — même en l'absence de conflit direct entre elles —, la Cour ne voit rien qui vienne fonder pareille assertion. Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application. Telle est l'approche qu'a retenue la Cour dans deux affaires, alors même que sa décision avait pour effet d'écarter un moyen par lequel une règle de *jus cogens* aurait pu être mise en œuvre. Dans l'affaire des *Activités armées*, elle a ainsi estimé que la valeur de *jus cogens* reconnue à une règle ne lui conférait pas une compétence qu'elle ne posséderait pas autrement (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 32, par. 64, et p. 52, para. 125). Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, quoique sans mentionner expressément la notion de *jus cogens*, elle a jugé que le fait qu'un ministre des affaires étrangères était accusé de crimes contraires à des règles ayant indubitablement valeur de *jus cogens* n'interdisait pas à la République démocratique du Congo de demander, comme l'y autorisait le droit international coutumier, à ce que l'intéressé bénéficie de l'immunité (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 24, par. 58, et p. 33, par. 78). La Cour estime que le même raisonnement vaut pour l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité d'un Etat poursuivi devant les tribunaux d'un autre Etat.

96. En outre, cet argument tiré de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats a été écarté par les tribunaux nationaux du Royaume-Uni (*Jones c. Arabie saoudite*, Chambre des lords, [2007] 1 *AC* 270; *ILR*, vol. 129, p. 629), du Canada (*Bouzari c. République islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario, *DLR*, 4th Series, vol. 243, p. 406; *ILR*, vol. 128, p. 586), de la Pologne (*Natoniewski*, Cour suprême, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299), de la Slovénie (arrêt de la Cour constitutionnelle en l'affaire n° Up-13/99), de la Nouvelle-Zélande (*Fang c. Jiang*, Haute Cour, [2007] *NZAR*, p. 420; *ILR*, vol. 141, p. 702)

State immunity concerns only the latter; a decision that a foreign State is immune no more conflicts with the duty to make reparation than it does with the rule prohibiting the original wrongful act. Moreover, against the background of a century of practice in which almost every peace treaty or post-war settlement has involved either a decision not to require the payment of reparations or the use of lump sum settlements and set-offs, it is difficult to see that international law contains a rule requiring the payment of full compensation to each and every individual victim as a rule accepted by the international community of States as a whole as one from which no derogation is permitted.

95. To the extent that it is argued that no rule which is not of the status of *jus cogens* may be applied if to do so would hinder the enforcement of a *jus cogens* rule, even in the absence of a direct conflict, the Court sees no basis for such a proposition. A *jus cogens* rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess *jus cogens* status, nor is there anything inherent in the concept of *jus cogens* which would require their modification or would displace their application. The Court has taken that approach in two cases, notwithstanding that the effect was that a means by which a *jus cogens* rule might be enforced was rendered unavailable. In *Armed Activities*, it held that the fact that a rule has the status of *jus cogens* does not confer upon the Court a jurisdiction which it would not otherwise possess (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 32, para. 64, and p. 52, para. 125). In *Arrest Warrant*, the Court held, albeit without express reference to the concept of *jus cogens*, that the fact that a Minister for Foreign Affairs was accused of criminal violations of rules which undoubtedly possess the character of *jus cogens* did not deprive the Democratic Republic of the Congo of the entitlement which it possessed as a matter of customary international law to demand immunity on his behalf (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 24, para. 58, and p. 33, para. 78). The Court considers that the same reasoning is applicable to the application of the customary international law regarding the immunity of one State from proceedings in the courts of another.

96. In addition, this argument about the effect of *jus cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts of the United Kingdom (*Jones* v. *Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 *AC* 270; *ILR*, Vol. 129, p. 629), Canada (*Bouzari* v. *Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, *DLR*, 4th Series, Vol. 243, p. 406; *ILR*, Vol. 128, p. 586), Poland (*Natoniewski*, Supreme Court, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299), Slovenia (case No. Up-13/99, Constitutional Court of Slovenia), New Zealand (*Fang* v. *Jiang*, High Court, [2007] *NZAR*, p. 420; *ILR*, Vol. 141, p. 702) and Greece (*Margei-*

et de la Grèce (*Margellos*, Tribunal supérieur spécial, *ILR*, vol. 129, p. 525), ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (qui sont examinées au paragraphe 90 ci-dessus); chaque fois, l'argument a été écarté après un examen attentif. La Cour n'estime pas qu'une conclusion différente puisse être tirée de l'arrêt rendu le 9 mars 2011 par la Cour de cassation française en l'affaire *La Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne* (pourvoi n° 09-14743, 9 mars 2011, *Bull. civ.*, mars 2011, n° 49, p. 49). Dans cette affaire, la Cour de cassation a seulement décidé que, en admettant qu'une norme de *jus cogens* puisse constituer une restriction légitime à l'immunité de l'Etat, les faits de l'espèce ne justifiaient pas pareille restriction. Il en résulte que les décisions des tribunaux italiens qui font l'objet de la présente instance sont les seules décisions de juridictions nationales dans lesquelles a été retenu le raisonnement sur lequel est fondée cette partie du deuxième argument de l'Italie. En outre, aucune des lois nationales relatives à l'immunité de l'Etat qui ont été examinées aux paragraphes 70 et 71 ci-dessus n'a limité l'immunité de l'Etat dans les cas où sont en cause des violations du *jus cogens*.

97. En conséquence, la Cour conclut que, même en admettant que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des violations de règles de *jus cogens*, l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité des Etats ne s'en trouvait pas affectée.

C. L'argument du « dernier recours »

98. Le troisième et dernier volet du second argument de l'Italie consiste à affirmer que c'est à juste titre que les tribunaux italiens ont refusé de reconnaître à l'Allemagne l'immunité à laquelle elle aurait pu autrement prétendre, au motif qu'avaient échoué toutes les autres tentatives d'obtenir réparation pour les divers groupes de victimes qui avaient engagé les actions intentées devant des juridictions italiennes. En réponse à cet argument, l'Allemagne a avancé que, au lendemain de la seconde guerre mondiale, elle avait consenti des sacrifices financiers et autres considérables afin que soit accordée réparation dans le cadre d'une série complexe d'accords interétatiques au titre desquels, en raison des réalités économiques de l'époque, aucun Etat allié n'avait été indemnisé à la mesure des pertes subies par sa population. L'Allemagne fait également état des versements qu'elle a effectués au profit de l'Italie en application des deux accords de 1961 ainsi que des versements effectués plus récemment, au titre de sa loi fédérale adoptée en 2000, au profit de divers ressortissants italiens qui avaient été illégalement déportés en Allemagne pour y être astreints au travail forcé. L'Italie soutient toutefois que de très nombreuses victimes italiennes n'en ont pas moins été exclues de tout régime de réparation.

*

99. La Cour relève que l'Allemagne a pris des mesures importantes

los, Special Supreme Court, *ILR*, Vol. 129, p. 525), as well as by the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* v. *United Kingdom* and *Kalogeropoulou and Others* v. *Greece and Germany* (which are discussed in paragraph 90 above), in each case after careful consideration. The Court does not consider the judgment of the French *Cour de cassation* of 9 March 2011 in *La Réunion aérienne* v. *Libyan Arab Jamahiriya* (case No. 09-14743, 9 March 2011, *Bull. civ.*, March 2011, No. 49, p. 49) as supporting a different conclusion. The *Cour de cassation* in that case stated only that, even if a *jus cogens* norm could constitute a legitimate restriction on State immunity, such a restriction could not be justified on the facts of that case. It follows, therefore, that the judgments of the Italian courts which are the subject of the present proceedings are the only decisions of national courts to have accepted the reasoning on which this part of Italy's second argument is based. Moreover, none of the national legislation on State immunity considered in paragraphs 70-71 above, has limited immunity in cases where violations of *jus cogens* are alleged.

97. Accordingly, the Court concludes that even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of *jus cogens* rules, the applicability of the customary international law on State immunity was not affected.

C. The "last resort" argument

98. The third and final strand of the Italian argument is that the Italian courts were justified in denying Germany the immunity to which it would otherwise have been entitled, because all other attempts to secure compensation for the various groups of victims involved in the Italian proceedings had failed. Germany's response is that in the aftermath of the Second World War it made considerable financial and other sacrifices by way of reparation in the context of a complex series of inter-State arrangements under which, reflecting the economic realities of the time, no Allied State received compensation for the full extent of the losses which its people had suffered. It also points to the payments which it made to Italy under the terms of the two 1961 Agreements and to the payments made more recently under the 2000 Federal Law to various Italians who had been unlawfully deported to forced labour in Germany. Italy maintains, however, that large numbers of Italian victims were nevertheless left without any compensation.

*

99. The Court notes that Germany has taken significant steps to ensure

pour faire en sorte que les victimes italiennes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité bénéficient d'une certaine forme de réparation. L'Allemagne a toutefois décidé d'exclure du champ d'application de son régime national de réparation la plupart des demandes formulées par les internés militaires italiens, au motif que les prisonniers de guerre ne pouvaient prétendre à réparation pour avoir été astreints au travail forcé (voir paragraphe 26 ci-dessus). Or, dans les faits, la très grande majorité des internés militaires italiens s'étaient vu dénier le statut de prisonnier de guerre par les autorités nazies. Ce nonobstant, le Gouvernement allemand a, en 2001, décidé que ces internés militaires ne pouvaient bénéficier d'une réparation, puisqu'ils auraient pu prétendre, en droit, au statut de prisonnier de guerre. La Cour considère qu'il est surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation à un groupe de victimes au motif que celles-ci auraient eu droit à un statut que, à l'époque pertinente, elle a refusé de leur reconnaître, particulièrement parce que ces victimes se sont vues, de ce fait, privées de la protection juridique à laquelle ce statut leur donnait droit.

100. En outre, ainsi que la Cour l'a précisé, quoique dans le contexte différent de l'immunité de juridiction des représentants de l'Etat en matière pénale, le fait que l'immunité puisse faire obstacle à l'exercice de la compétence judiciaire dans une affaire donnée est sans incidence sur l'applicabilité des règles matérielles du droit international (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 25, par. 60; voir également *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 244, par. 196). A cet égard, la Cour souligne que la question de savoir si un Etat peut jouir de l'immunité devant les juridictions d'un autre Etat est entièrement distincte de celle de savoir si la responsabilité internationale de cet Etat est engagée et si une obligation de réparation lui incombe.

101. Ce nonobstant, la Cour ne saurait faire droit à l'argument de l'Italie selon lequel les tribunaux italiens étaient fondés à refuser à l'Allemagne l'immunité de juridiction en raison des insuffisances des dispositions adoptées par celle-ci en vue d'accorder réparation aux victimes italiennes. Elle ne voit, dans la pratique des Etats dont découle le droit international coutumier, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation. Ni le droit interne relatif à ces questions ni la jurisprudence des tribunaux internes qui ont eu à connaître d'exceptions fondées sur l'immunité ne permettent de conclure que le droit à une telle immunité serait subordonné à pareille condition préalable. Les Etats n'ont pas davantage énoncé une telle condition dans la convention européenne ou la convention des Nations Unies.

102. En outre, la Cour ne saurait manquer de relever que l'application de pareille condition, si elle existait, serait en pratique extrêmement difficile, notamment dans un contexte tel que celui de la présente affaire, c'est-à-dire lorsque les réclamations en cause ont fait l'objet de discussions approfondies entre gouvernements. Si l'on suivait l'argument de l'Italie, dans le cas

that a measure of reparation was made to Italian victims of war crimes and crimes against humanity. Nevertheless, Germany decided to exclude from the scope of its national compensation scheme most of the claims by Italian military internees on the ground that prisoners of war were not entitled to compensation for forced labour (see paragraph 26 above). The overwhelming majority of Italian military internees were, in fact, denied treatment as prisoners of war by the Nazi authorities. Notwithstanding that history, in 2001 the German Government determined that those internees were ineligible for compensation because they had had a legal entitlement to prisoner-of-war status. The Court considers that it is a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them.

100. Moreover, as the Court has said, albeit in the different context of the immunity of State officials from criminal proceedings, the fact that immunity may bar the exercise of jurisdiction in a particular case does not alter the applicability of the substantive rules of international law (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 25, para. 60; see also *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti* v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 244, para. 196). In that context, the Court would point out that whether a State is entitled to immunity before the courts of another State is a question entirely separate from whether the international responsibility of that State is engaged and whether it has an obligation to make reparation.

101. That notwithstanding, the Court cannot accept Italy's contention that the alleged shortcomings in Germany's provisions for reparation to Italian victims entitled the Italian courts to deprive Germany of jurisdictional immunity. The Court can find no basis in the State practice from which customary international law is derived that international law makes the entitlement of a State to immunity dependent upon the existence of effective alternative means of securing redress. Neither in the national legislation on the subject, nor in the jurisprudence of the national courts which have been faced with objections based on immunity, is there any evidence that entitlement to immunity is subjected to such a precondition. States also did not include any such condition in either the European Convention or the United Nations Convention.

102. Moreover, the Court cannot fail to observe that the application of any such condition, if it indeed existed, would be exceptionally difficult in practice, particularly in a context such as that of the present case, when claims have been the subject of extensive intergovernmental discussion. If one follows the Italian argument, while such discussions were still ongoing

où ces discussions seraient encore en cours et présenteraient quelque perspective d'aboutir, l'immunité continuerait d'être applicable. Elle cesserait en revanche de l'être, toujours selon cet argument, dès lors que les perspectives d'un règlement interétatique apparaîtraient caduques. Il est toutefois douteux que les tribunaux internes de l'un des pays concernés soient bien placés pour déterminer si tel est le cas. De plus, si un règlement forfaitaire a été effectué — pratique habituelle après la seconde guerre mondiale, ainsi que l'Italie le reconnaît —, déterminer si un requérant en particulier a toujours droit à réparation exigerait de la part de l'organe judiciaire concerné qu'il examine les détails dudit règlement et la manière dont l'Etat ayant perçu les sommes en question (à savoir, en l'occurrence, l'Etat dans lequel se trouve cette juridiction) les a affectées. Lorsque l'Etat ayant perçu ces sommes dans le cadre de ce qui devait constituer un règlement global à l'issue d'un conflit armé a décidé de les affecter à la reconstruction de son économie nationale et de ses infrastructures plutôt que de les répartir entre ceux de ses nationaux qui ont été victimes, il est difficile de déterminer dans quelle mesure le fait que les intéressés n'aient pas perçu une part des sommes en question les autoriserait à intenter une action à l'encontre de l'Etat ayant versé ces sommes à celui dont ils sont ressortissants.

103. En conséquence, la Cour rejette l'argument de l'Italie selon lequel l'immunité pouvait être refusée à l'Allemagne pour ce motif.

104. En formulant cette conclusion, la Cour n'ignore pas que l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne conformément au droit international pourrait empêcher les ressortissants italiens concernés d'obtenir une réparation judiciaire.

Elle considère cependant que les demandes résultant du traitement des internés militaires italiens mentionnées au paragraphe 99, ainsi que d'autres réclamations de nationaux italiens qui resteraient à régler — qui ont été à l'origine des procédures italiennes —, pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution.

D. L'effet combiné des circonstances invoquées par l'Italie

105. A l'audience, le conseil de l'Italie a affirmé que les trois volets du second argument de l'Italie devaient être examinés conjointement; autrement dit, que c'était en raison de l'effet cumulé de la gravité des violations, du statut des règles violées et de l'absence d'autres voies effectives de réparation que la décision des tribunaux italiens de dénier à l'Allemagne l'immunité était justifiée.

106. La Cour a déjà établi qu'aucun des trois volets du second argument de l'Italie ne peut justifier à lui seul le comportement des tribunaux italiens. Elle n'est pas convaincue que ces éléments auraient pareil effet même si on les considère conjointement. Rien dans l'examen de la pratique des Etats ne vient corroborer la thèse selon laquelle, si deux de ces éléments ou même tous les trois se trouvaient réunis, cela justifierait qu'un tribunal national dénie à l'Etat étranger mis en cause devant lui son droit à l'immunité.

and had a prospect of achieving a successful outcome, then it seems that immunity would still prevail, whereas, again according to this argument, immunity would presumably cease to apply at some point when prospects for an inter-State settlement were considered to have disappeared. Yet national courts in one of the countries concerned are unlikely to be well placed to determine when that point has been reached. Moreover, if a lump sum settlement has been made — which has been the normal practice in the aftermath of war, as Italy recognizes — then the determination of whether a particular claimant continued to have an entitlement to compensation would entail an investigation by the court of the details of that settlement and the manner in which the State which had received funds (in this case the State in which the court in question is located) has distributed those funds. Where the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, rather than distributing them to individual victims amongst its nationals, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality.

103. The Court therefore rejects Italy's argument that Germany could be refused immunity on this basis.

104. In coming to this conclusion, the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned.

It considers however that the claims arising from the treatment of the Italian military internees referred to in paragraph 99, together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled — and which formed the basis for the Italian proceedings — could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue.

D. The combined effect of the circumstances relied upon by Italy

105. In the course of the oral proceedings, counsel for Italy maintained that the three strands of Italy's second argument had to be viewed together; it was because of the cumulative effect of the gravity of the violations, the status of the rules violated and the absence of alternative means of redress that the Italian courts had been justified in refusing to accord immunity to Germany.

106. The Court has already held that none of the three strands of the second Italian argument would, of itself, justify the action of the Italian courts. It is not persuaded that they would have that effect if taken together. Nothing in the examination of State practice lends support to the proposition that the concurrent presence of two, or even all three, of these elements would justify the refusal by a national court to accord to a respondent State the immunity to which it would otherwise be entitled.

Pour autant que l'argument tiré de l'effet combiné des circonstances doive se comprendre comme signifiant que le tribunal national devrait mettre en balance l'ensemble des facteurs, en évaluant le poids respectif, d'une part, des circonstances qui justifieraient qu'il exerce sa juridiction et, d'autre part, de l'intérêt qui s'attache à la protection de l'immunité, une telle approche méconnaîtrait la nature même de l'immunité. Comme il a été dit au paragraphe 56 ci-avant, l'immunité, lorsqu'elle existe, constitue selon le droit international un droit pour l'Etat étranger. De surcroît, comme il a été expliqué au paragraphe 82 du présent arrêt, les juridictions nationales doivent se prononcer sur les questions d'immunité à titre liminaire, avant d'examiner le bien-fondé de la demande. L'immunité ne saurait par conséquent dépendre de la mise en balance, par le tribunal national devant lequel elle est invoquée, des circonstances particulières de chaque affaire.

4. Conclusions

107. Dès lors, la Cour considère que le refus des tribunaux italiens de reconnaître l'immunité à laquelle elle a conclu que l'Allemagne pouvait prétendre au titre du droit international coutumier constitue un manquement aux obligations auxquelles l'Etat italien était tenu envers celle-ci.

108. Un certain nombre de questions sur lesquelles les Parties se sont exprimées de manière relativement détaillée n'appellent donc pas d'examen de la part de la Cour. En particulier, point n'est besoin pour celle-ci de trancher la question de savoir si, comme l'affirme l'Italie, le droit international confère aux victimes de violations du droit des conflits armés un droit individuel à réparation directement opposable. Point n'est besoin non plus pour elle de se prononcer sur la question de savoir si, comme l'affirme l'Allemagne, le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix ou les dispositions des accords de 1961 emportaient renonciation automatique aux réclamations qui font l'objet des procédures intentées devant la justice italienne. Non qu'il s'agisse là, bien évidemment, de questions sans importance; elles n'appellent simplement aucune décision dans le cadre de la présente affaire. La question de savoir si l'Allemagne encourt aujourd'hui encore, envers l'Italie ou envers des ressortissants italiens, une responsabilité au titre des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par elle durant la seconde guerre mondiale n'affecte pas son droit à l'immunité. De la même manière, la décision de la Cour relative à la question de l'immunité ne saurait avoir d'incidence sur quelque responsabilité que pourrait encourir l'Allemagne.

IV. Les mesures de contrainte prises à l'égard des biens appartenant à l'Allemagne en territoire italien

109. Le 7 juin 2007, des requérants grecs, se fondant sur une décision de la Cour d'appel de Florence du 13 juin 2006 déclarant exécutoire en

In so far as the argument based on the combined effect of the circumstances is to be understood as meaning that the national court should balance the different factors, assessing the respective weight, on the one hand, of the various circumstances that might justify the exercise of its jurisdiction, and, on the other hand, of the interests attaching to the protection of immunity, such an approach would disregard the very nature of State immunity. As explained in paragraph 56 above, according to international law, State immunity, where it exists, is a right of the foreign State. In addition, as explained in paragraph 82 of this Judgment, national courts have to determine questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot, therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstances of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed.

4. Conclusions

107. The Court therefore holds that the action of the Italian courts in denying Germany the immunity to which the Court has held it was entitled under customary international law constitutes a breach of the obligations owed by the Italian State to Germany.

108. It is, therefore, unnecessary for the Court to consider a number of questions which were discussed at some length by the Parties. In particular, the Court need not rule on whether, as Italy contends, international law confers upon the individual victim of a violation of the law of armed conflict a directly enforceable right to claim compensation. Nor need it rule on whether, as Germany maintains, Article 77, paragraph 4, of the Treaty of Peace or the provisions of the 1961 Agreements amounted to a binding waiver of the claims which are the subject of the Italian proceedings. That is not to say, of course, that these are unimportant questions, only that they are not ones which fall for decision within the limits of the present case. The question whether Germany still has a responsibility towards Italy, or individual Italians, in respect of war crimes and crimes against humanity committed by it during the Second World War does not affect Germany's entitlement to immunity. Similarly, the Court's ruling on the issue of immunity can have no effect on whatever responsibility Germany may have.

IV. The Measures of Constraint Taken against Property Belonging to Germany Located on Italian Territory

109. On 7 June 2007, certain Greek claimants, in reliance on a decision of the Florence Court of Appeal of 13 June 2006, declaring enforceable in

Italie le jugement rendu par le tribunal de première instance de Livadia, en Grèce, condamnant l'Allemagne à leur verser des indemnités, firent enregistrer auprès du cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, bien appartenant à l'Etat allemand situé près du lac de Côme (voir paragraphe 35 ci-dessus).

110. L'Allemagne soutient devant la Cour que cette mesure de contrainte viole l'immunité d'exécution qui lui est reconnue par le droit international. L'Italie n'a pas cherché à justifier ladite mesure; elle a au contraire indiqué à la Cour qu'elle «n'aurait aucune objection à ce que la Cour décide de lui ordonner d'obtenir la mainlevée de l'hypothèque inscrite sur la Villa Vigoni».

111. L'hypothèque en question a été suspendue par l'effet du décret-loi n° 63 du 28 avril 2010, de la loi n° 98 du 23 juin 2010 et du décret-loi n° 216 du 29 décembre 2011, pour tenir compte de la procédure pendante devant la Cour en la présente affaire. Elle n'a cependant pas été annulée.

112. La Cour estime que, nonobstant la suspension susmentionnée et en dépit de l'absence de toute argumentation de l'Italie visant à établir la licéité internationale de la mesure de contrainte en cause, il subsiste entre les Parties, sur ce point, un différend dont l'objet n'a pas disparu. L'Italie n'a pas admis formellement que l'hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni constituait une mesure contraire à ses obligations internationales. Elle n'a pas non plus mis fin aux effets de cette mesure, mais les a seulement suspendus, comme il vient d'être dit. Elle a fait savoir à la Cour, par la voix de son agent, que, les décisions italiennes défavorables à l'Allemagne ayant été suspendues par la voie législative en attendant l'arrêt de la Cour, lesdites décisions «ne seront exécutées que si la Cour conclut que l'Italie n'a pas commis les actes illicites dont l'Allemagne lui fait grief». Cela implique que l'hypothèque inscrite sur la Villa Vigoni est susceptible de produire à nouveau ses pleins effets dans le cas où la Cour conclurait qu'elle n'est pas contraire au droit international. Sans lui demander de formuler une telle conclusion, l'Italie ne l'exclut pas, et attend que la Cour se prononce pour en tirer les conséquences appropriées.

En conséquence, il y a lieu pour la Cour de statuer, comme le souhaitent les deux Parties, sur le deuxième chef de conclusions de l'Allemagne, qui a pour objet le différend relatif à la mesure de contrainte prise à l'égard de la Villa Vigoni.

113. Avant d'examiner le bien-fondé des prétentions de la demanderesse sur ce point, la Cour fera observer que l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats en ce qui concerne leurs biens situés en territoire étranger va au-delà de l'immunité de juridiction dont bénéficient ces mêmes Etats devant les tribunaux étrangers. Même si un jugement a été régulièrement rendu à l'encontre d'un Etat étranger, dans des circonstances telles que ce dernier ne pouvait pas se prévaloir d'une immunité de juridiction, il n'en résulte pas *ipso facto* que l'Etat condamné puisse faire l'objet de mesures de contrainte, sur le territoire de l'Etat du for ou sur celui d'un Etat tiers, en vue de faire exécuter le jugement en cause. De même, l'éventuelle renonciation par un Etat à son immunité de juridiction

Italy the judgment rendered by the Court of First Instance of Livadia, in Greece, which had ordered Germany to pay them compensation, entered in the Land Registry of the Province of Como a legal charge against Villa Vigoni, a property of the German State located near Lake Como (see above, paragraph 35).

110. Germany argued before the Court that such a measure of constraint violates the immunity from enforcement to which it is entitled under international law. Italy has not sought to justify that measure; on the contrary, it indicated to the Court that it "has no objection to any decision by the Court obliging Italy to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled".

111. As a result of Decree-Law No. 63 of 28 April 2010, Law No. 98 of 23 June 2010 and Decree-Law No. 216 of 29 December 2011, the charge in question was suspended in order to take account of the pending proceedings before the Court in the present case. It has not, however, been cancelled.

112. The Court considers that, notwithstanding the above-mentioned suspension, and the absence of any argument by Italy seeking to establish the international legality of the measures of constraint in question, a dispute still exists between the Parties on this issue, the subject of which has not disappeared. Italy has not formally admitted that the legal charge on Villa Vigoni constituted a measure contrary to its international obligations. Nor, as just stated, has it put an end to the effects of that measure, but has merely suspended them. It has told the Court, through its Agent, that the decisions of the Italian courts rendered against Germany have been suspended by legislation pending the decision of this Court, and that execution of those decisions "will only occur should the Court decide that Italy has not committed the wrongful acts complained of by Germany". That implies that the charge on Villa Vigoni might be reactivated, should the Court conclude that it is not contrary to international law. Without asking the Court to reach such a conclusion, Italy does not exclude it, and awaits the Court's ruling before taking the appropriate action thereon.

It follows that the Court should rule, as both Parties wish it to do, on the second of Germany's submissions, which concerns the dispute over the measure of constraint taken against Villa Vigoni.

113. Before considering whether the claims of the Applicant on this point are well-founded, the Court observes that the immunity from enforcement enjoyed by States in regard to their property situated on foreign territory goes further than the jurisdictional immunity enjoyed by those same States before foreign courts. Even if a judgment has been lawfully rendered against a foreign State, in circumstances such that the latter could not claim immunity from jurisdiction, it does not follow *ipso facto* that the State against which judgment has been given can be the subject of measures of constraint on the territory of the forum State or on that of a third State, with a view to enforcing the judgment in question. Similarly, any waiver by a State of its jurisdictional immunity before a

devant un tribunal étranger ne vaut pas par elle-même renonciation à son immunité d'exécution en ce qui concerne les biens qui lui appartiennent et qui se trouvent en territoire étranger.

Les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution et celles qui gouvernent l'immunité de juridiction (entendue *stricto sensu* comme le droit pour un Etat de ne pas être soumis à une procédure judiciaire devant les tribunaux d'un autre Etat) sont distinctes et doivent faire l'objet d'une application séparée.

114. Dans la présente affaire, cela signifie que la Cour peut se prononcer sur la question de savoir si l'hypothèque inscrite sur la Villa Vigoni constitue une mesure de contrainte violant l'immunité d'exécution de l'Allemagne, sans avoir à se demander si les décisions des tribunaux grecs prononçant des condamnations pécuniaires à l'égard de l'Allemagne, pour l'exécution desquelles cette mesure a été prise, ont été elles-mêmes rendues en violation de l'immunité de juridiction de cet Etat.

De même, la question de la licéité internationale de la mesure de contrainte en cause, au regard des règles applicables en matière d'immunité d'exécution, est distincte, et peut donc être examinée séparément, de celle de la licéité internationale des décisions judiciaires italiennes qui ont déclaré exécutoires sur le territoire italien les jugements grecs condamnant l'Allemagne, au regard des règles applicables en matière d'immunité de juridiction. Cette dernière question, qui forme l'objet du troisième chef de conclusions soumis à la Cour par l'Allemagne (voir paragraphe 17 ci-dessus), sera abordée dans la section suivante du présent arrêt.

115. Pour fonder sa demande sur le point qui est à présent examiné, l'Allemagne s'est référée aux règles énoncées à l'article 19 de la convention des Nations Unies. Ladite convention n'est pas entrée en vigueur, mais, de l'avis de l'Allemagne, elle a codifié, sur la question de l'immunité d'exécution, les règles existant en droit international général. Son contenu s'imposerait donc en tant qu'il refléterait le droit coutumier en la matière.

116. Intitulé « Immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement », l'article 19 est ainsi rédigé :

> « Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si et dans la mesure où :
>
> *a)* l'Etat a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués :
>
> i) par un accord international ;
> ii) par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ; ou
> iii) par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties ; ou
>
> *b)* l'Etat a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure ; ou

foreign court does not in itself mean that that State has waived its immunity from enforcement as regards property belonging to it situated in foreign territory.

The rules of customary international law governing immunity from enforcement and those governing jurisdictional immunity (understood *stricto sensu* as the right of a State not to be the subject of judicial proceedings in the courts of another State) are distinct, and must be applied separately.

114. In the present case, this means that the Court may rule on the issue of whether the charge on Villa Vigoni constitutes a measure of constraint in violation of Germany's immunity from enforcement, without needing to determine whether the decisions of the Greek courts awarding pecuniary damages against Germany, for purposes of whose enforcement that measure was taken, were themselves in breach of that State's jurisdictional immunity.

Likewise, the issue of the international legality of the measure of constraint in question, in light of the rules applicable to immunity from enforcement, is separate — and may therefore be considered separately — from that of the international legality, under the rules applicable to jurisdictional immunity, of the decisions of the Italian courts which declared enforceable on Italian territory the Greek judgments against Germany. This latter question, which is the subject of the third of the submissions presented to the Court by Germany (see above paragraph 17), will be addressed in the following section of this Judgment.

115. In support of its claim on the point under discussion here, Germany cited the rules set out in Article 19 of the United Nations Convention. That Convention has not entered into force, but in Germany's view it codified, in relation to the issue of immunity from enforcement, the existing rules under general international law. Its terms are therefore said to be binding, inasmuch as they reflect customary law on the matter.

116. Article 19, entitled "State immunity from post-judgment measures of constraint", reads as follows:

> "No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:
>
> *(a)* the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:
>
> (i) by international agreement;
> (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or
> (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or
>
> *(b)* the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or

c) il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée. »

117. Lors de l'élaboration de la convention des Nations Unies, ces dispositions ont donné lieu à de longues et difficiles discussions. La Cour estime qu'il ne lui est pas nécessaire pour les besoins de la présente affaire de déterminer si l'article 19 précité reflète dans tous ses éléments le droit international coutumier en vigueur.

118. En effet, il lui suffit de constater qu'il existe au minimum une condition qui doit être remplie pour qu'une mesure de contrainte puisse être prise à l'égard d'un bien appartenant à un Etat étranger: que le bien en cause soit utilisé pour les besoins d'une activité ne poursuivant pas des fins de service public non commerciales, ou que l'Etat propriétaire ait expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte, ou encore que cet Etat ait réservé le bien en cause à la satisfaction d'une demande en justice (une illustration de cette pratique bien établie est fournie par la décision de la Cour constitutionnelle allemande *(Bundesverfassungsgericht)* du 14 décembre 1977 (*BverfGE*, vol. 46, p. 342), par l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 30 avril 1986, *Royaume d'Espagne c. Société X* (*Annuaire suisse de droit international*, vol. 43, 1987, p. 158), ainsi que par l'arrêt de la Chambre des lords du 12 avril 1984, *Alcom Ltd. c. République de Colombie* ([1984] 1 *AC* 580; *ILR*, vol. 74, p. 180), et par l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol du 1er juillet 1992, *Abbott c. République d'Afrique du Sud* (*Revista española de derecho internacional*, vol. 44, 1992, p. 565)).

119. Or, il est clair en l'espèce que le bien ayant fait l'objet de la mesure de contrainte litigieuse est utilisé pour les besoins d'une activité de service public dépourvue de caractère commercial, donc d'une activité relevant des fonctions de souveraineté de l'Allemagne. La Villa Vigoni est en effet le siège d'un centre culturel destiné à favoriser les échanges culturels entre l'Allemagne et l'Italie. Ce centre culturel est organisé et administré sur la base d'un accord entre les deux gouvernements conclu sous la forme d'un échange de lettres en date du 21 avril 1986. Devant la Cour, l'Italie a qualifié l'activité en cause de «centre d'excellence pour la coopération italo-germanique dans les domaines de la recherche, de la culture et de l'éducation» et reconnu qu'elle était pleinement impliquée dans «sa structure spéciale de gestion binationale». Par ailleurs, l'Allemagne n'a d'aucune manière expressément consenti à l'application d'une mesure telle que l'hypothèque en cause, ni n'a réservé la Villa Vigoni à la satisfaction des demandes en justice dirigées contre elle.

120. Dans ces conditions, la Cour conclut que l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni constitue une violation par l'Italie de son l'obligation de respecter l'immunité due à l'Allemagne.

(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed."

117. When the United Nations Convention was being drafted, these provisions gave rise to long and difficult discussions. The Court considers that it is unnecessary for purposes of the present case for it to decide whether all aspects of Article 19 reflect current customary international law.

118. Indeed, it suffices for the Court to find that there is at least one condition that has to be satisfied before any measure of constraint may be taken against property belonging to a foreign State: that the property in question must be in use for an activity not pursuing government non-commercial purposes, or that the State which owns the property has expressly consented to the taking of a measure of constraint, or that that State has allocated the property in question for the satisfaction of a judicial claim (an illustration of this well-established practice is provided by the decision of the German Constitutional Court *(Bundesverfassungsgericht)* of 14 December 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342; *ILR*, Vol. 65, p. 146), by the judgment of the Swiss Federal Tribunal of 30 April 1986 in *Kingdom of Spain* v. *Société X* (*Annuaire suisse de droit international*, Vol. 43, 1987, p. 158; *ILR*, Vol. 82, p. 44), as well as the judgment of the House of Lords of 12 April 1984 in *Alcom Ltd.* v. *Republic of Colombia* ([1984] 1 *AC* 580; *ILR*, Vol. 74, p. 170) and the judgment of the Spanish Constitutional Court of 1 July 1992 in *Abbott* v. *Republic of South Africa* (*Revista española de derecho internacional*, Vol. 44, 1992, p. 565; *ILR*, Vol. 113, p. 414)).

119. It is clear in the present case that the property which was the subject of the measure of constraint at issue is being used for governmental purposes that are entirely non-commercial, and hence for purposes falling within Germany's sovereign functions. Villa Vigoni is in fact the seat of a cultural centre intended to promote cultural exchanges between Germany and Italy. This cultural centre is organized and administered on the basis of an agreement between the two Governments concluded in the form of an exchange of notes dated 21 April 1986. Before the Court, Italy described the activities in question as a "centre of excellence for the Italian-German co-operation in the fields of research, culture and education", and recognized that Italy was directly involved in "its peculiar bi-national . . . managing structure". Nor has Germany in any way expressly consented to the taking of a measure such as the legal charge in question, or allocated Villa Vigoni for the satisfaction of the judicial claims against it.

120. In these circumstances, the Court finds that the registration of a legal charge on Villa Vigoni constitutes a violation by Italy of its obligation to respect the immunity owed to Germany.

V. Les décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie des décisions de juridictions grecques prononçant des condamnations civiles à l'encontre de l'Allemagne

121. Par son troisième chef de conclusions, l'Allemagne se plaint de ce que son immunité de juridiction a été également violée par les décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie les condamnations civiles prononcées par des tribunaux grecs à l'encontre de l'Allemagne dans l'affaire du massacre de Distomo. Les ayants droit des victimes de ce massacre, commis par les forces armées allemandes dans un village grec en juin 1944, ont intenté en 1995 une action en réparation contre l'Allemagne devant les juridictions grecques. Le tribunal de première instance de Livadia, territorialement compétent, a condamné l'Allemagne à indemniser les requérants, par un jugement du 25 septembre 1997. Le pourvoi formé par l'Allemagne contre ce jugement a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation grecque du 4 mai 2000, qui a rendu définitif le jugement du tribunal régional, et a en même temps condamné l'Allemagne à supporter la charge des dépens de la procédure de cassation. Les bénéficiaires grecs du jugement de première instance et de l'arrêt de la Cour de cassation ont demandé aux juridictions italiennes d'accorder l'*exequatur* de ces décisions judiciaires, de manière à pouvoir les faire exécuter en Italie, leur exécution en Grèce ou en Allemagne étant impossible (voir paragraphes 30 et 32 ci-dessus). C'est sur ces demandes que la Cour d'appel de Florence a statué, pour y faire droit par un arrêt du 13 juin 2006, confirmé sur opposition de l'Allemagne le 21 octobre 2008, pour ce qui concerne les condamnations pécuniaires prononcées par le tribunal de première instance de Livadia, et par un arrêt du 2 mai 2005, confirmé sur opposition de l'Allemagne le 6 février 2007, pour ce qui est de la condamnation aux dépens prononcée par la Cour de cassation grecque. Le dernier arrêt cité a été confirmé par la Cour de cassation italienne le 6 mai 2008. Quant à l'arrêt qui confirme l'*exequatur* accordé au jugement du tribunal de première instance de Livadia, il a aussi donné lieu à un pourvoi devant la Cour de cassation italienne, qui l'a rejeté le 12 janvier 2011.

122. Selon l'Allemagne, les arrêts de la Cour d'appel de Florence déclarant exécutoires le jugement du tribunal de Livadia et l'arrêt de la Cour de cassation grecque constituent des violations de son immunité de juridiction, car les décisions judiciaires grecques ont été elles-mêmes rendues en méconnaissance de cette immunité de juridiction, pour les mêmes raisons que celles invoquées par l'Allemagne à propos des procédures italiennes relatives à des crimes de guerre commis en Italie en 1943-1945.

123. Selon l'Italie, au contraire, il n'y a pas eu violation de l'immunité de juridiction de l'Allemagne, ni par les décisions judiciaires grecques ni par celles de la juridiction italienne ayant déclaré les précédentes exécutoires en Italie, pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées et examinées dans la section III du présent arrêt.

124. Il convient de relever d'abord que le grief formulé par l'Allemagne dans son troisième chef de conclusions ne se confond nullement avec le

V. The Decisions of the Italian Courts Declaring Enforceable in Italy Decisions of Greek Courts Upholding Civil Claims against Germany

121. In its third submission, Germany complains that its jurisdictional immunity was also violated by decisions of the Italian courts declaring enforceable in Italy judgments rendered by Greek courts against Germany in proceedings arising out of the Distomo massacre. In 1995, successors in title of the victims of that massacre, committed by the German armed forces in a Greek village in June 1944, brought proceedings for compensation against Germany before the Greek courts. By a judgment of 25 September 1997, the Court of First Instance of Livadia, which had territorial jurisdiction, ordered Germany to pay compensation to the claimants. The appeal by Germany against that judgment was dismissed by a decision of the Hellenic Supreme Court of 4 May 2000, which rendered final the judgment of the Court of First Instance, and at the same time ordered Germany to pay the costs of the appeal proceedings. The successful Greek claimants under the first-instance and Supreme Court judgments applied to the Italian courts for *exequatur* of those judgments, so as to be able to have them enforced in Italy, since it was impossible to enforce them in Greece or in Germany (see above, paragraphs 30 and 32). It was on those applications that the Florence Court of Appeal ruled, allowing them by a decision of 13 June 2006, which was confirmed, following an objection by Germany, on 21 October 2008 as regards the pecuniary damages awarded by the Court of First Instance of Livadia, and by a decision of 2 May 2005, confirmed, following an objection by Germany, on 6 February 2007 as regards the award of costs made by the Hellenic Supreme Court. This latter decision was confirmed by the Italian Court of Cassation on 6 May 2008. As regards the decision confirming the *exequatur* granted in respect of the judgment of the Court of First Instance of Livadia, it has also been appealed to the Italian Court of Cassation, which dismissed that appeal on 12 January 2011.

122. According to Germany, the decisions of the Florence Court of Appeal declaring enforceable the judgments of the Livadia court and the Hellenic Supreme Court constitute violations of its jurisdictional immunity, since, for the same reasons as those invoked by Germany in relation to the Italian proceedings concerning war crimes committed in Italy between 1943 and 1945, the decisions of the Greek courts were themselves rendered in violation of that jurisdictional immunity.

123. According to Italy, on the contrary, and for the same reasons as those set out and discussed in Section III of the present Judgment, there was no violation of Germany's jurisdictional immunity, either by the decisions of the Greek courts or by those of the Italian courts which declared them enforceable in Italy.

124. It should first be noted that the claim in Germany's third submission is entirely separate and distinct from that set out in the preceding

précédent, qui a fait l'objet de la section IV ci-dessus (paragraphes 109 à 120). Il ne s'agit plus ici de savoir si une mesure de contrainte — telle que l'hypothèque sur la Villa Vigoni — a méconnu l'immunité d'exécution de l'Allemagne, mais de déterminer si les jugements italiens déclarant exécutoires en Italie les condamnations pécuniaires prononcées en Grèce ont constitué par eux-mêmes — et indépendamment de toute mesure d'exécution subséquente — une violation de l'immunité de juridiction de la demanderesse. Bien qu'il existe un lien entre ces deux aspects — puisque la mesure de contrainte sur la Villa Vigoni n'a pu être mise à exécution que sur la base de l'arrêt de la Cour d'appel de Florence accordant l'*exequatur* du jugement du tribunal grec de Livadia —, les deux questions sus-énoncées n'en sont pas moins nettement distinctes. Celle qui a été examinée à la section précédente avait trait à l'immunité d'exécution; celle sur laquelle la Cour va se pencher à présent a trait à l'immunité de juridiction. Comme il a été rappelé plus haut, ces deux immunités sont régies par des corps de règles différents.

125. La Cour doit ensuite exposer la manière dont elle conçoit la question de l'immunité de juridiction appliquée à un jugement qui statue non pas sur le fond d'une demande dirigée contre un Etat étranger, mais sur une demande tendant à ce qu'un jugement déjà rendu par un tribunal étranger à l'égard d'un Etat tiers soit déclaré exécutoire sur le territoire de l'Etat du juge saisi (une demande d'*exequatur*). La difficulté provient de ce que, en pareils cas, le juge n'est pas appelé à prononcer directement une condamnation à l'égard d'un Etat étranger invoquant une immunité de juridiction, mais à rendre exécutoire une condamnation déjà prononcée par le tribunal d'un autre Etat, qui est supposé avoir examiné et appliqué lui-même les règles relatives à l'immunité de juridiction de l'Etat défendeur.

126. En l'espèce, les deux Parties semblent avoir raisonné, dans les arguments qu'elles ont échangés, comme si dans une telle hypothèse le respect de l'immunité de juridiction de l'Etat tiers par le tribunal saisi de la demande d'*exequatur* dépendait simplement du respect de cette immunité par le tribunal étranger qui a rendu le jugement sur le fond à l'encontre de l'Etat tiers. En d'autres termes, les Parties ont paru l'une et l'autre faire dépendre la question de savoir si la Cour d'appel de Florence avait méconnu ou non l'immunité de juridiction de l'Allemagne en déclarant exécutoires le jugement de Livadia et l'arrêt de la Cour de cassation grecque de celle de savoir si ces dernières décisions avaient elles-mêmes méconnu l'immunité de juridiction que l'Allemagne avait invoquée en défense dans les actions judiciaires intentées contre elle en Grèce.

127. Rien ne s'oppose à ce qu'une juridiction nationale vérifie, avant d'accorder l'*exequatur*, que le jugement étranger n'a pas été rendu en méconnaissance de l'immunité de l'Etat défendeur. Mais, pour les besoins de la présente affaire, la Cour estime devoir aborder la question sous un angle sensiblement différent. Elle considère qu'il n'est pas nécessaire, pour déterminer si la Cour d'appel de Florence a méconnu l'immunité de juridiction de l'Allemagne, de se prononcer sur la question de savoir si les décisions judiciaires grecques ont elles-mêmes violé cette immunité — ce

one, which has been discussed in Section IV above (paragraphs 109 to 120). The Court is no longer concerned here to determine whether a measure of constraint — such as the legal charge on Villa Vigoni — violated Germany's immunity from enforcement, but to decide whether the Italian judgments declaring enforceable in Italy the pecuniary awards pronounced in Greece did themselves — independently of any subsequent measure of enforcement — constitute a violation of the Applicant's immunity from jurisdiction. While there is a link between these two aspects — since the measure of constraint against Villa Vigoni could only have been imposed on the basis of the judgment of the Florence Court of Appeal according *exequatur* in respect of the judgment of the Greek court in Livadia — the two issues nonetheless remain clearly distinct. That discussed in the preceding section related to immunity from enforcement; that which the Court will now consider addresses immunity from jurisdiction. As recalled above, these two forms of immunity are governed by different sets of rules.

125. The Court will then explain how it views the issue of jurisdictional immunity in relation to a judgment which rules not on the merits of a claim brought against a foreign State, but on an application to have a judgment rendered by a foreign court against a third State declared enforceable on the territory of the State of the court where that application is brought (a request for *exequatur*). The difficulty arises from the fact that, in such cases, the court is not being asked to give judgment directly against a foreign State invoking jurisdictional immunity, but to enforce a decision already rendered by a court of another State, which is deemed to have itself examined and applied the rules governing the jurisdictional immunity of the respondent State.

126. In the present case, the two Parties appear to have argued on the basis that, in such a situation, the question whether the court seised of the application for *exequatur* had respected the jurisdictional immunity of the third State depended simply on whether that immunity had been respected by the foreign court having rendered the judgment on the merits against the third State. In other words, both Parties appeared to make the question whether or not the Florence Court of Appeal had violated Germany's jurisdictional immunity in declaring enforceable the Livadia and Hellenic Supreme Court decisions dependent on whether those decisions had themselves violated the jurisdictional immunity on which Germany had relied in its defence against the proceedings brought against it in Greece.

127. There is nothing to prevent national courts from ascertaining, before granting *exequatur*, that the foreign judgment was not rendered in breach of the immunity of the respondent State. However, for the purposes of the present case, the Court considers that it must address the issue from a significantly different viewpoint. In its view, it is unnecessary, in order to determine whether the Florence Court of Appeal violated Germany's jurisdictional immunity, to rule on the question of whether the decisions of the Greek courts did themselves violate that immunity — something, more-

qu'elle ne pourrait d'ailleurs pas faire, puisqu'elle se prononcerait, ce faisant, sur les droits et obligations d'un Etat, la Grèce, qui n'a pas la qualité de partie à la présente instance (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique), question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 32; *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 105, par. 34).

La question pertinente, du point de vue de la Cour et pour les besoins de la présente affaire, est de savoir si les tribunaux italiens ont eux-mêmes respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne en accueillant la demande d'*exequatur*, et non celle de savoir si le tribunal grec ayant rendu le jugement dont l'*exequatur* était demandé a respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne. Dans une situation de ce genre, les réponses à ces deux questions peuvent ne pas nécessairement coïncider; c'est seulement la première qui importe ici à la Cour.

128. Lorsqu'un tribunal est saisi, comme en l'espèce, d'une demande tendant à ce qu'il accorde l'*exequatur* d'un jugement étranger ayant statué à l'encontre d'un Etat tiers, il est appelé à exercer lui-même sa juridiction à l'égard de l'Etat tiers en question. Il est vrai que la procédure d'*exequatur* n'a pas pour objet de trancher le fond d'un litige, mais seulement de donner force exécutoire à un jugement déjà rendu, sur le territoire d'un Etat autre que celui du juge qui a statué au fond. Le juge de l'*exequatur* n'a donc pas pour rôle de réexaminer dans tous ses aspects le fond de l'affaire qui a été jugée. Il n'en reste pas moins que, en accordant ou en refusant l'*exequatur*, il exerce un pouvoir juridictionnel qui aboutit à donner au jugement étranger des effets correspondant à ceux d'un jugement rendu au fond dans l'Etat requis. La procédure introduite devant ce juge doit, en conséquence, être regardée comme intentée contre l'Etat tiers condamné par le jugement étranger.

129. A cet égard, la Cour relève que, selon l'article 6, paragraphe 2, de la convention des Nations Unies:

> «Une procédure devant un tribunal d'un Etat est considérée comme étant intentée contre un autre Etat lorsque celui-ci:
>
> *a)* est cité comme partie à la procédure; ou
>
> *b)* n'est pas cité comme partie à la procédure, mais que cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre Etat.»

Appliquée à une procédure d'*exequatur*, cette définition implique qu'une telle procédure doit être regardée comme dirigée contre l'Etat qui a été condamné par le jugement étranger. C'est d'ailleurs bien pourquoi, en l'espèce, l'Allemagne était recevable à faire opposition aux décisions de la Cour d'appel de Florence accordant l'*exequatur* — quoiqu'elle l'ait fait sans succès — puis à se pourvoir en cassation contre les arrêts confirmatifs.

130. Il résulte de ce qui précède que le juge saisi d'une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger condamnant un Etat tiers est tenu de se demander si l'Etat défendeur bénéficie d'une immunité de juridiction, compte tenu de la nature de l'affaire qui a été jugée, devant les tribunaux

over, which it could not do, since that would be to rule on the rights and obligations of a State, Greece, which does not have the status of party to the present proceedings (see *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy* v. *France; United Kingdom and United States of America), Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 32; *East Timor (Portugal* v. *Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 105, para. 34).

The relevant question, from the Court's point of view and for the purposes of the present case, is whether the Italian courts did themselves respect Germany's immunity from jurisdiction in allowing the application for *exequatur*, and not whether the Greek court having rendered the judgment of which *exequatur* is sought had respected Germany's jurisdictional immunity. In a situation of this kind, the replies to these two questions may not necessarily be the same; it is only the first question which the Court needs to address here.

128. Where a court is seised, as in the present case, of an application for *exequatur* of a foreign judgment against a third State, it is itself being called upon to exercise its jurisdiction in respect of the third State in question. It is true that the purpose of *exequatur* proceedings is not to decide on the merits of a dispute, but simply to render an existing judgment enforceable on the territory of a State other than that of the court which ruled on the merits. It is thus not the role of the *exequatur* court to re-examine in all its aspects the substance of the case which has been decided. The fact nonetheless remains that, in granting or refusing *exequatur*, the court exercises a jurisdictional power which results in the foreign judgment being given effects corresponding to those of a judgment rendered on the merits in the requested State. The proceedings brought before that court must therefore be regarded as being conducted against the third State which was the subject of the foreign judgment.

129. In this regard, the Court notes that, under the terms of Article 6, paragraph 2, of the United Nations Convention:

> "A proceeding before a court of a State shall be considered to have been instituted against another State if that other State:
>
> *(a)* is named as a party to that proceeding; or
>
> *(b)* is not named as a party to the proceeding but the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State."

When applied to *exequatur* proceedings, that definition means that such proceedings must be regarded as being directed against the State which was the subject of the foreign judgment. That is indeed why Germany was entitled to object to the decisions of the Florence Court of Appeal granting *exequatur* — although it did so without success — and to appeal to the Italian Court of Cassation against the judgments confirming those decisions.

130. It follows from the foregoing that the court seised of an application for *exequatur* of a foreign judgment rendered against a third State has to ask itself whether the respondent State enjoys immunity from jurisdiction — having regard to the nature of the case in which that judgment was

de l'Etat dans lequel la procédure d'*exequatur* a été engagée. En d'autres termes, il doit se demander si, dans le cas où il aurait été lui-même saisi au fond d'un litige identique à celui qui a été tranché par le jugement étranger, il aurait été tenu en vertu du droit international d'accorder l'immunité à l'Etat défendeur (voir en ce sens l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Kuwait Airways Corp. c. Irak* ([2010] *RCS*, vol. 2, p. 571), ainsi que l'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni *NML Capital Limited c. République d'Argentine* ([2011] *UKSC* 31).

131. Il découle des motifs qui précèdent que les juridictions italiennes qui ont déclaré exécutoires en Italie les décisions judiciaires grecques rendues contre l'Allemagne ont méconnu l'immunité de cette dernière. En effet, pour les raisons exposées dans la section III ci-dessus du présent arrêt, les tribunaux italiens auraient été tenus d'accorder l'immunité à l'Allemagne s'ils avaient été saisis au fond d'une affaire identique à celle sur laquelle les tribunaux grecs ont statué par les décisions dont l'*exequatur* était sollicité (à savoir l'affaire du massacre de Distomo). En conséquence, ils ne pouvaient pas accorder l'*exequatur* sans méconnaître de ce fait l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

132. Pour parvenir à une telle conclusion, point n'est besoin de se prononcer sur la question de savoir si les tribunaux grecs ont eux-mêmes violé l'immunité de l'Allemagne, question dont la Cour n'est pas saisie et sur laquelle elle ne saurait d'ailleurs se prononcer pour les raisons rappelées ci-dessus. La Cour se bornera à relever, en termes généraux, qu'il peut parfaitement se produire, dans certaines hypothèses, que le jugement rendu au fond n'ait pas violé l'immunité de juridiction de l'Etat défendeur, par exemple parce que celui-ci y aurait renoncé devant les tribunaux saisis de l'action principale, mais que l'action en *exequatur* engagée dans un autre Etat se heurte à l'immunité du défendeur. C'est pourquoi les deux questions sont distinctes, et que le présent arrêt n'a pas à se prononcer sur la licéité des décisions judiciaires grecques.

133. La Cour conclut donc que les arrêts susmentionnés de la Cour d'appel de Florence ont violé l'obligation de l'Italie de respecter l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

VI. Les conclusions finales de l'Allemagne et les réparations sollicitées

134. Dans ses conclusions finales présentées au terme de la procédure orale, l'Allemagne a soumis à la Cour six demandes, les trois premières étant de nature déclaratoire et les trois suivantes tendant à ce que soient tirées les conséquences, en termes de réparation, des violations constatées (voir paragraphe 17 ci-dessus). C'est sur ces demandes qu'il appartient à la Cour de statuer dans le dispositif du présent arrêt.

135. Pour les raisons exposées dans la motivation figurant dans les sections III, IV et V ci-dessus, la Cour fera droit aux trois premières

given — before the courts of the State in which *exequatur* proceedings have been instituted. In other words, it has to ask itself whether, in the event that it had itself been seised of the merits of a dispute identical to that which was the subject of the foreign judgment, it would have been obliged under international law to accord immunity to the respondent State (see to this effect the judgment of the Supreme Court of Canada in *Kuwait Airways Corp.* v. *Iraq* ([2010] *SCR*, Vol. 2, p. 571), and the judgment of the United Kingdom Supreme Court in *NML Capital Limited* v. *Republic of Argentina* ([2011] *UKSC* 31).

131. In light of this reasoning, it follows that the Italian courts which declared enforceable in Italy the decisions of Greek courts rendered against Germany have violated the latter's immunity. For the reasons set out in Section III above of the present Judgment, the Italian courts would have been obliged to grant immunity to Germany if they had been seised of the merits of a case identical to that which was the subject of the decisions of the Greek courts which it was sought to declare enforceable (namely, the case of the Distomo massacre). Accordingly, they could not grant *exequatur* without thereby violating Germany's jurisdictional immunity.

132. In order to reach such a decision, it is unnecessary to rule on the question whether the Greek courts did themselves violate Germany's immunity, a question which is not before the Court, and on which, moreover, it cannot rule, for the reasons recalled earlier. The Court will confine itself to noting, in general terms, that it may perfectly well happen, in certain circumstances, that the judgment rendered on the merits did not violate the jurisdictional immunity of the respondent State, for example because the latter had waived its immunity before the courts hearing the case on the merits, but that the *exequatur* proceedings instituted in another State are barred by the respondent's immunity. That is why the two issues are distinct, and why it is not for this Judgment to rule on the legality of the decisions of the Greek courts.

133. The Court accordingly concludes that the above-mentioned decisions of the Florence Court of Appeal constitute a violation by Italy of its obligation to respect the jurisdictional immunity of Germany.

VI. Germany's Final Submissions and the Remedies Sought

134. In its final submissions at the close of the oral proceedings, Germany presented six requests to the Court, of which the first three were declaratory and the final three sought to draw the consequences, in terms of reparation, of the established violations (see paragraph 17 above). It is on those requests that the Court is required to rule in the operative part of this Judgment.

135. For the reasons set out in Sections III, IV and V above, the Court will uphold Germany's first three requests, which ask it to declare, in

demandes de l'Allemagne, tendant à ce qu'elle déclare, respectivement: que l'Italie a violé l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne par le droit international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945; que l'Italie a également violé l'immunité due à l'Allemagne en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni; que l'Italie a, enfin, violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne en déclarant exécutoires sur le territoire italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux mentionnés ci-dessus.

136. Le quatrième chef de conclusions de l'Allemagne tend à ce que la Cour dise et juge que, en conséquence de ce qui précède, la responsabilité internationale de la République italienne est engagée.

Il n'est pas douteux que la violation par l'Italie de certaines de ses obligations juridiques internationales est de nature à engager sa responsabilité internationale et met à sa charge, en vertu du droit international général, l'obligation de réparer intégralement le préjudice causé par les faits illicites commis. Le contenu, en l'espèce, de cette obligation de réparation sera examiné ci-après, à propos des cinquième et sixième chefs de conclusions de l'Allemagne. Il y sera statué dans le dispositif. La Cour, en revanche, n'estime pas utile d'inclure dans ce dernier une déclaration spécifique selon laquelle la responsabilité internationale de l'Italie est engagée, qui serait purement redondante, puisque cette responsabilité se déduit automatiquement du constat de la violation de certaines obligations.

137. Le cinquième chef de conclusions de l'Allemagne tend à ce que la Cour ordonne à l'Italie de prendre, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne ne puissent être exécutées. Cela doit se comprendre comme signifiant que les décisions en cause doivent être privées d'effet.

En vertu du droit international général en matière de responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, qu'exprime sur ce point l'article 30 *a)* des articles de la Commission du droit international relatifs à ce sujet, l'Etat responsable d'un tel fait a l'obligation d'y mettre fin si ce fait présente un caractère continu. En outre, même si le fait en question a pris fin, l'Etat responsable est tenu, à titre de réparation, de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors qu'un tel rétablissement n'est pas matériellement impossible et n'impose pas à cet Etat une charge hors de proportion avec l'avantage qui résulte d'une restitution plutôt que d'une indemnisation. Cette règle est reflétée à l'article 35 des articles de la Commission du droit international.

Il en découle que la Cour doit faire droit au cinquième chef de conclusions de l'Allemagne. Les décisions et mesures contraires aux immunités de juridiction de l'Allemagne qui sont encore en vigueur doivent cesser de

turn, that Italy has violated the jurisdictional immunity which Germany enjoys under international law by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich between 1943 and 1945; that Italy has also committed violations of the immunity owed to Germany by taking enforcement measures against Villa Vigoni; and, lastly, that Italy has violated Germany's immunity by declaring enforceable in Italy Greek judgments based on occurrences similar to those referred to above.

136. In its fourth submission, Germany asks the Court to adjudge and declare that, in view of the above, Italy's international responsibility is engaged.

There is no doubt that the violation by Italy of certain of its international legal obligations entails its international responsibility and places upon it, by virtue of general international law, an obligation to make full reparation for the injury caused by the wrongful acts committed. The substance, in the present case, of that obligation to make reparation will be considered below, in connection with Germany's fifth and sixth submissions. The Court's ruling thereon will be set out in the operative clause. On the other hand, the Court does not consider it necessary to include an express declaration in the operative clause that Italy's international responsibility is engaged; to do so would be entirely redundant, since that responsibility is automatically inferred from the finding that certain obligations have been violated.

137. In its fifth submission, Germany asks the Court to order Italy to take, by means of its own choosing, any and all steps to ensure that all the decisions of its courts and other judicial authorities infringing Germany's sovereign immunity become unenforceable. This is to be understood as implying that the relevant decisions should cease to have effect.

According to general international law on the responsibility of States for internationally wrongful acts, as expressed in this respect by Article 30 *(a)* of the International Law Commission's Articles on the subject, the State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to cease that act, if it is continuing. Furthermore, even if the act in question has ended, the State responsible is under an obligation to re-establish, by way of reparation, the situation which existed before the wrongful act was committed, provided that re-establishment is not materially impossible and that it does not involve a burden for that State out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation. This rule is reflected in Article 35 of the International Law Commission's Articles.

It follows accordingly that the Court must uphold Germany's fifth submission. The decisions and measures infringing Germany's jurisdictional immunities which are still in force must cease to have effect, and the

produire effet, et les effets de ces décisions et mesures qui se sont déjà produits doivent être supprimés, de telle sorte que soit rétablie la situation qui existait avant que les faits illicites ne soient commis. Il n'a été ni allégué ni démontré que la restitution serait en l'espèce matériellement impossible ou qu'elle imposerait à l'Italie une charge hors de proportion avec les avantages d'une telle restitution. En particulier, la circonstance que certaines des violations commises soient le fait d'organes judiciaires, et que certaines des décisions judiciaires en cause aient pu acquérir du point de vue du droit interne italien un caractère définitif, n'est pas de nature à faire disparaître l'obligation de restitution à la charge de l'Italie. En revanche, la défenderesse a le droit de choisir les moyens qui lui paraissent les mieux adaptés en vue d'atteindre le résultat qui doit être obtenu. Ainsi, elle a l'obligation d'atteindre ce résultat par la promulgation d'une législation appropriée ou par le recours à toute autre méthode de son choix également capable de produire cet effet.

138. Enfin, le sixième chef de conclusions de l'Allemagne tend à ce que la Cour ordonne à l'Italie de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés dans son premier chef de conclusions (c'est-à-dire des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945).

Ainsi que la Cour l'a déjà indiqué à l'occasion d'autres affaires (voir notamment *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 267, par. 150), en règle générale, il n'y a pas lieu de supposer que l'Etat dont un acte ou un comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir cet acte ou ce comportement, puisque sa bonne foi doit être présumée. En conséquence, s'il peut arriver à la Cour d'ordonner à l'Etat responsable d'un comportement internationalement illicite d'offrir à l'Etat lésé des assurances de non-répétition, ou de prendre des mesures spécifiques visant à garantir que le fait illicite ne se répétera pas, c'est seulement lorsque des circonstances spéciales le justifient, ce qu'il lui appartient d'apprécier dans chaque cas.

Au cas d'espèce, la Cour n'aperçoit aucune raison permettant de considérer que l'on se trouverait dans de telles circonstances. Elle ne fera donc pas droit au dernier chef de conclusions de l'Allemagne.

* * *

139. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par douze voix contre trois,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit

effects which have already been produced by those decisions and measures must be reversed, in such a way that the situation which existed before the wrongful acts were committed is re-established. It has not been alleged or demonstrated that restitution would be materially impossible in this case, or that it would involve a burden for Italy out of all proportion to the benefit deriving from it. In particular, the fact that some of the violations may have been committed by judicial organs, and some of the legal decisions in question have become final in Italian domestic law, does not lift the obligation incumbent upon Italy to make restitution. On the other hand, the Respondent has the right to choose the means it considers best suited to achieve the required result. Thus, the Respondent is under an obligation to achieve this result by enacting appropriate legislation or by resorting to other methods of its choosing having the same effect.

138. Finally, in its sixth submission, Germany asks the Court to order Italy to take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded on the occurrences described in its first submission (namely violations of international humanitarian law committed by the German Reich between 1943 and 1945).

As the Court has stated in previous cases (see, in particular, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 267, para. 150), as a general rule, there is no reason to suppose that a State whose act or conduct has been declared wrongful by the Court will repeat that act or conduct in the future, since its good faith must be presumed. Accordingly, while the Court may order the State responsible for an internationally wrongful act to offer assurances of non-repetition to the injured State, or to take specific measures to ensure that the wrongful act is not repeated, it may only do so when there are special circumstances which justify this, which the Court must assess on a case-by-case basis.

In the present case, the Court has no reason to believe that such circumstances exist. Therefore, it will not uphold the last of Germany's final submissions.

* * *

139. For these reasons,

THE COURT,

(1) By twelve votes to three,

Finds that the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under interna-

international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945;

POUR: M. Owada, *président*; M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, *juges*;

CONTRE: MM. Cançado Trindade, Yusuf, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc;

2) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni;

POUR: M. Owada, *président*; M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Simma, Abraham. Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Cançado Trindade, *juge*;

3) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international en déclarant exécutoires sur le territoire italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des violations du droit international humanitaire commises en Grèce par le Reich allemand;

POUR: M. Owada, *président*; M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Cançado Trindade, *juge*;

4) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne devra, en promulguant une législation appropriée ou en recourant à toute autre méthode de son choix, faire en sorte que les décisions de ses tribunaux et celles d'autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international soient privées d'effet;

POUR: M. Owada, *président*; M. Tomka, *vice-président*; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, *juges*; M. Gaja, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Cançado Trindade, *juge*;

5) A l'unanimité,

Rejette le surplus des conclusions de la République fédérale d'Allemagne.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le trois février deux mille douze, en quatre exem-

tional law by allowing civil claims to be brought against it based on violations of international humanitarian law committed by the German Reich between 1943 and 1945;

IN FAVOUR: *President* Owada; *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue, Donoghue;

AGAINST: *Judges* Cançado Trindade, Yusuf; *Judge* ad hoc Gaja;

(2) By fourteen votes to one,

Finds that the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law by taking measures of constraint against Villa Vigoni;

IN FAVOUR: *President* Owada; *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja;

AGAINST: *Judge* Cançado Trindade;

(3) By fourteen votes to one,

Finds that the Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law by declaring enforceable in Italy decisions of Greek courts based on violations of international humanitarian law committed in Greece by the German Reich;

IN FAVOUR: *President* Owada; *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja;

AGAINST: *Judge* Cançado Trindade;

(4) By fourteen votes to one,

Finds that the Italian Republic must, by enacting appropriate legislation, or by resorting to other methods of its choosing, ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law cease to have effect;

IN FAVOUR: *President* Owada; *Vice-President* Tomka; *Judges* Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; *Judge* ad hoc Gaja;

AGAINST: *Judge* Cançado Trindade;

(5) Unanimously,

Rejects all other submissions made by the Federal Republic of Germany.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this third day of February, two thousand

plaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, au Gouvernement de la République italienne et au Gouvernement de la République hellénique.

Le président,
(Signé) Hisashi OWADA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

MM. les juges KOROMA, KEITH et BENNOUNA joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle; MM. les juges CANÇADO TRINDADE et YUSUF joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente; M. le juge *ad hoc* GAJA joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente.

(Paraphé) H.O.
(Paraphé) Ph.C.

---

and twelve, in four copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Federal Republic of Germany, the Government of the Italian Republic and the Government of the Hellenic Republic, respectively.

(*Signed*) Hisashi OWADA,
President.

(*Signed*) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judges KOROMA, KEITH and BENNOUNA append separate opinions to the Judgment of the Court; Judges CANÇADO TRINDADE and YUSUF append dissenting opinions to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* GAJA appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court.

(*Initialled*) H.O.

(*Initialled*) Ph.C.

SEPARATE OPINION OF JUDGE KOROMA

1. I have voted in favour of the Court's Judgment, which in my view accurately reflects the current state of international law with respect to the jurisdictional immunity of a State.

2. The Court has made a finding that Italy has violated the immunity which Germany enjoys under international law by allowing civil claims to be brought against it relating to violations of international humanitarian law by Germany. It is worth emphasizing, however, that the Court's Judgment should not be read as a licence for States to commit acts of torture, crimes against humanity or violations of international humanitarian law in situations of armed conflict. Rather, the Court examined the facts of this case and concluded that the acts committed by Germany were *acta jure imperii* and that no exception to immunity was applicable. Therefore the Court found that Germany was entitled to immunity from suit in Italian courts.

3. Germany has acknowledged the serious nature of the acts committed by its armed forces in Italy during the Second World War. The Court took cognizance of this in paragraph 52 of its Judgment. The case before the Court, however, is not about the legality of the conduct of Germany's armed forces during the Second World War or Germany's international responsibility for such conduct. The question in this case is limited to whether Germany is legally entitled to immunity before the Italian domestic courts with respect to the conduct of its armed forces in the course of the armed conflict. The Court did not need to address the substantive matter of the legality of Germany's conduct to resolve the issue of sovereign immunity. Indeed, the Court's jurisdiction in this case is limited to addressing *only* the issue of jurisdictional immunity; to examine other matters related to Germany's conduct would be *ultra petita*. The fact that the Parties do not dispute that Germany committed illegal acts, as well as the fact that the acts involved serious and grave violations of international humanitarian law, does not alter the nature of the Court's jurisdiction. Unless Germany consents to jurisdiction, or is found to not have sovereign immunity with respect to certain conduct committed by it, neither this Court nor a foreign domestic court has the jurisdiction to examine the legality of Germany's conduct or issues of reparation arising from such actions.

4. It is clear that the acts of the German armed forces in Italy during the Second World War constitute *acta jure imperii* as a decision to deploy

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KOROMA

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de l'arrêt de la Cour car celui-ci reflète selon moi fidèlement l'état actuel du droit international en ce qui concerne l'immunité de juridiction des Etats.

2. La Cour a jugé que l'Italie avait violé l'immunité que le droit international reconnaît à l'Allemagne en permettant que soient intentées contre celle-ci des actions civiles ayant trait à des violations du droit international humanitaire qu'elle a commises. Il convient cependant de souligner que le présent arrêt ne saurait être interprété comme laissant aux Etats la licence de commettre des actes de torture, des crimes contre l'humanité ou des violations du droit international humanitaire dans le cadre d'un conflit armé. La Cour a en effet examiné les faits de l'espèce et conclu que les actes commis par l'Allemagne étaient des actes *jure imperii* et qu'aucune exception à l'immunité n'était applicable. Elle a dès lors jugé que l'Allemagne jouissait de l'immunité de juridiction devant les tribunaux italiens.

3. L'Allemagne a reconnu la gravité des actes commis par ses forces armées en Italie pendant la seconde guerre mondiale, ce que la Cour a relevé au paragraphe 52 de son arrêt. L'affaire dont celle-ci était saisie n'avait toutefois trait ni à la licéité du comportement des forces armées allemandes pendant la seconde guerre mondiale, ni à la responsabilité internationale de l'Allemagne à raison de ce comportement. La question consistait simplement à déterminer si l'Allemagne était fondée, en droit, à jouir de l'immunité devant les juridictions nationales italiennes en ce qui concerne le comportement de ses forces armées au cours du conflit susmentionné. Pour se prononcer sur la question de l'immunité souveraine, la Cour n'avait nul besoin d'examiner au fond la licéité du comportement de l'Allemagne. Sa compétence était d'ailleurs limitée en l'espèce à la *seule* question de l'immunité de juridiction ; si elle avait examiné d'autres questions se rapportant au comportement de l'Allemagne, elle aurait agi *ultra petita*. Le fait que les Parties ne contestaient pas que l'Allemagne ait commis des actes illicites et que certains d'entre eux soient des violations graves du droit international humanitaire ne modifiait pas la nature de la compétence de la Cour. A moins que l'Allemagne ne consente à la compétence d'une juridiction ou qu'il soit considéré qu'elle ne jouit pas de l'immunité souveraine à l'égard d'un comportement donné qui lui est attribuable, ni la Cour ni aucune juridiction nationale n'a compétence pour se prononcer sur la licéité dudit comportement ou les questions de réparation qui en découlent.

4. Les actes commis par les forces armées allemandes en Italie pendant la seconde guerre mondiale sont clairement des actes *jure imperii*, le

a nation's armed forces in an armed conflict is quintessentially a sovereign act. Acts committed by a State's armed forces in furtherance of an international armed conflict are, by definition, acts taken in exercise of sovereign power. To hold that such acts were not subject to jurisdictional immunity would be to deprive the concept of sovereign immunity of its meaning and significance. The doctrine of sovereign immunity developed to protect the sovereignty and sovereign equality of States. Sovereign immunity accomplishes these aims by preventing one State from exercising jurisdiction over another without the latter's consent. To preserve sovereign equality among States, the doctrine holds that States are generally immune from suit for acts taken in exercise of their sovereign power.

5. It is well established that States are generally entitled to immunity for *acta jure imperii*. The question is whether any exception to this general rule exists that would deny States sovereign immunity for unlawful actions committed by their armed forces on the territory of another State during armed conflict or in the course of an occupation. It was argued that an exception exists that permits States to deny sovereign immunity in cases involving torts committed on the territory of the forum State. It was also contended that this exception enables Italy to deny immunity to Germany for those acts committed by its armed forces which could be characterized as intentional torts.

6. There is no dispute that the law on sovereign immunity has evolved to provide a limited exception to immunity for certain types of tortious acts. This exception is codified in Article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. Although the Convention has not yet entered into force, Article 12 can be considered to reflect the current state of customary international law. That Article provides that a State cannot invoke immunity

> "in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State",

and occurred on the forum State's territory. The International Law Commission's commentary on the text of the Convention, however, makes it clear that the drafters of the Convention intended Article 12 to apply mainly to situations such as traffic accidents, to prevent insurance companies from evading liability to injured individuals under the cloak of State immunity. The commentary states further that Article 12 does not apply to situations involving armed conflicts. The distinction drawn by the International Law Commission between isolated and insurable torts such as traffic accidents, and acts committed by armed forces during armed

déploiement des forces armées d'une nation aux fins de la conduite d'un conflit armé étant par essence un acte souverain. Les actes commis par les forces armées d'un Etat dans le cadre d'un conflit armé international relèvent, par définition, de l'exercice du pouvoir souverain. Dire que l'immunité de juridiction ne devait pas entrer en jeu à l'égard de tels actes reviendrait à vider la notion d'immunité souveraine de son sens et de son intérêt. La théorie de l'immunité souveraine a en effet été élaborée afin de protéger la souveraineté et l'égalité souveraine des Etats. Cet objectif est ainsi atteint en empêchant qu'un Etat n'exerce son pouvoir de juridiction sur un autre Etat sans le consentement de celui-ci. Suivant cette théorie, afin de préserver leur égalité souveraine, les Etats jouissent, d'une manière générale, de l'immunité de juridiction à l'égard des actes accomplis dans l'exercice de leur pouvoir souverain.

5. Le fait que les Etats jouissent, d'une manière générale, de l'immunité en ce qui concerne les actes *jure imperii* est bien établi. La question était donc de savoir s'il existait une exception à cette règle générale qui priverait les Etats de leur immunité souveraine à l'égard des actes illicites commis par leurs forces armées sur le territoire d'un autre Etat au cours d'un conflit armé ou de l'occupation dudit territoire. A cet égard, il a été soutenu qu'existait une exception en vertu de laquelle l'Etat du for peut dénier à un Etat son immunité souveraine dans des affaires se rapportant à des actes dommageables commis sur son territoire. Il a également été soutenu que l'Italie pouvait, en vertu de cette exception, refuser d'accorder l'immunité à l'Allemagne en ce qui concerne les actes commis par ses forces armées pouvant être qualifiés d'actes dommageables intentionnels.

6. Il ne fait aucun doute que le droit de l'immunité souveraine a évolué et qu'il existe aujourd'hui une exception limitée à l'immunité pour certains types d'actes dommageables. Cette exception est codifiée à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens. Quoique cet instrument ne soit pas encore entré en vigueur, l'article 12 peut être considéré comme reflétant l'état actuel du droit international coutumier. En vertu de cette disposition, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction

> «dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat»,

[et qui se sont produits sur le territoire de l'Etat du for]. Il ressort toutefois clairement du commentaire de la Commission du droit international que, selon les rédacteurs de la convention, l'article 12 était principalement destiné à s'appliquer à des situations telles que les accidents de la circulation, et ce, afin d'éviter que les compagnies d'assurance ne se soustraient à leur responsabilité envers les victimes d'un préjudice en se retranchant derrière l'immunité de l'Etat. Le commentaire précise en outre que l'article 12 ne s'applique pas aux situations liées à des conflits armés. La distinction établie par la Commission du droit international entre les

conflict, is understandable. Cases involving the former would entail limited liability for the tortfeasor State, whereas cases involving the latter could expose a State to nearly limitless liability. The former can thus be appropriately dealt with by the forum State's judiciary, while the inevitably political nature of the latter suggests strongly that resolution should be pursued via inter-State processes.

7. Under current international law, therefore, States continue to be entitled to sovereign immunity for *acta jure imperii* committed by their armed forces during armed conflict. Given that the Court's task is to apply the existing law, nothing in the Court's Judgment today prevents the continued evolution of the law on State immunity. In the past century, the law on State immunity has evolved considerably in a manner that has significantly circumscribed the circumstances in which a State is entitled to immunity. It is possible that further exceptions to State immunity will continue to develop in the future. The Court's Judgment applies the law as it exists today.

*

8. I also consider it important to acknowledge and address the arguments made by Greece. As a non-party intervenor in this case, Greece submitted a written statement in which it emphasized, *inter alia*, the "individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law" (para. 34). Greece maintains that international humanitarian law confers "direct rights on individuals which are opposable to States" (para. 35). In support of its argument Greece cites, among other provisions, Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 and Article 91 of the 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol I).

9. Greece is correct in stating that international humanitarian law now regards individuals as the ultimate beneficiaries of reparations for human rights violations (see International Law Commission, draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (A/56/10), Art. 33, comment 3). This is a positive development that should certainly be welcomed, as it reflects the increasing importance of individual human rights in international law. It does not follow, however, that international law provides individuals with a legal right to make claims for reparation *directly* against a foreign State. Nothing in the Hague Convention (IV) or the 1977 Protocol I supports such a proposition. The relevant Articles of these two Conventions provide only that States must "pay compensation" if they violate the provisions of the Conventions. They do not purport to require that States pay compensation *directly to aggrieved individuals*. Further, the two Conventions as a whole, read in context, do not provide for compensation to be made in such a manner. Indeed, a

actes dommageables isolés et assurables, tels que les accidents de la circulation, et les actes commis par des forces armées pendant un conflit armé est compréhensible. En effet, si les affaires se rapportant à la première catégorie d'actes ne supposent qu'une responsabilité limitée de l'Etat auteur, celles qui se rapportent à la seconde catégorie peuvent l'exposer à une responsabilité presque illimitée. Le premier type d'affaires peut donc tout à fait être traité par les autorités judiciaires de l'Etat du for ; la nature immanquablement politique des secondes plaide, en revanche, nettement en faveur de la recherche d'un règlement au niveau interétatique.

7. Le droit international continue donc de reconnaître l'immunité souveraine aux Etats en ce qui concerne les actes *jure imperii* commis par leurs forces armées pendant un conflit armé. La Cour ayant pour mission d'appliquer le droit existant, rien dans le présent arrêt ne s'oppose toutefois à la poursuite de l'évolution du droit de l'immunité des Etats. Celui-ci a en effet considérablement évolué au siècle dernier, de sorte que sont désormais fort circonscrites les circonstances dans lesquelles un Etat jouit de l'immunité. Aussi est-il possible que de nouvelles exceptions se fassent jour à l'avenir. La Cour n'a, dans son arrêt, fait qu'appliquer le droit tel qu'il existe aujourd'hui.

*

8. Selon moi, il importe également de tenir compte des arguments présentés par la Grèce et d'y répondre. Intervenant dans l'instance en tant que non-partie, celle-ci a déposé une déclaration écrite dans laquelle elle a notamment mis l'accent sur le « droit individuel à ... réparation en cas de violations graves du droit humanitaire » (par. 34). La Grèce soutient que le droit international humanitaire confère « des droits directs aux individus opposables aux Etats » (par. 35). A l'appui de cet argument, elle cite, entre autres dispositions, l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907 et l'article 91 du protocole additionnel de 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 (protocole I).

9. La Grèce a raison de dire que le droit international humanitaire considère aujourd'hui que les individus sont les bénéficiaires ultimes des réparations dues à raison de violations des droits de l'homme (voir Commission du droit international, projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (A/56/10), art. 33, commentaire 3). Il s'agit d'ailleurs là d'une évolution positive dont il convient assurément de se féliciter en ce qu'elle reflète l'importance croissante des droits de l'homme individuels en droit international. Il ne s'ensuit cependant pas que le droit international confère aux individus le droit d'engager une action en réparation *directement* contre un Etat étranger. Rien dans la quatrième convention de La Haye ou dans le protocole I de 1977 n'étaye pareille proposition. Aux termes des articles pertinents de ces deux instruments, les Etats sont simplement tenus « à indemnité » en cas de violation desdites conventions. Ces dispositions ne visent pas à imposer aux Etats d'indemniser *directement les victimes de ces violations*. Il ne

provision requiring State payments to individuals would have been inconceivable in 1907, when the Hague Convention IV was concluded, as international law at that time did not recognize the rights of individuals to the extent that it does today.

*

10. In conclusion, the Court correctly found that Germany is entitled to sovereign immunity for the acts committed by its armed forces in Italy during the Second World War, since the acts committed by the German armed forces constituted *acta jure imperii*, and no exception to this general rule of immunity applies. This finding, however, does not preclude the Parties from entering into negotiations to resolve issues which came to the fore in the course of the present proceedings. Nor does the attainment of justice in the factual and historical context of this case necessitate the overthrow of the existing law on jurisdictional immunity, which justly protects and preserves the sovereignty and sovereign equality of States.

(Signed) Abdul G. KOROMA.

ressort en outre nullement des deux conventions, lues dans leur ensemble et replacées dans leur contexte, qu'il doive être procédé à pareille indemnisation. Une disposition imposant à un Etat d'indemniser directement les individus n'aurait d'ailleurs pas été concevable en 1907, date de la conclusion de la quatrième convention de La Haye, étant donné que le droit international ne reconnaissait pas, à l'époque, les droits des individus autant qu'il le fait aujourd'hui.

*

10. Pour conclure, c'est à juste titre que la Cour a jugé que l'Allemagne avait droit à l'immunité souveraine en ce qui concerne les actes commis par ses forces armées en Italie pendant la seconde guerre mondiale, dès lors que ces actes étaient des actes *jure imperii* et qu'aucune exception à la règle générale de l'immunité ne s'appliquait. Cette conclusion n'empêche cependant pas les Parties d'entamer des négociations afin de régler certaines questions qui ont été mises en lumière en la présente instance. Pour autant, les contextes factuel et historique de l'affaire ne nécessitaient pas, pour que justice soit rendue, de faire fi du droit de l'immunité de juridiction existant, lequel protège et préserve, à raison, la souveraineté des Etats et leur égalité souveraine.

(Signé) Abdul G. KOROMA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE KEITH

1. I agree with the conclusions the Court has reached and largely with its reasons. My purpose in preparing this opinion is to emphasize how the rules of international law recognizing or not the immunity of a foreign State from the jurisdiction of the courts of another State are firmly based on principles of international law and on policies of the international legal order. That emphasis is designed to supplement the exhaustive and persuasive discussion of State practice included in the Judgment.

2. A basic principle of international law at play in this area of law is the principle of sovereign equality of States, the first principle declared in Article 2 of the Charter of the United Nations. In terms of the elaboration of that principle in the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, all States have equal rights and duties and are juridically equal (General Assembly resolution 2625 (XXV)). By definition, in cases raising issues of State immunity, that principle and the rights and obligations arising from it apply to two States — the State of the forum where the case is being brought and the foreign State which is the defendant or intended defendant. The jurisdiction of the courts of the former State arises from the sovereignty of that State. If the particular court has jurisdiction over the matter brought before it when the defendant is an individual or a legal person, why should the fact that the defendant be a foreign State make a difference? But to the contrary are the sovereign equality and the independence of the foreign State, principles supporting immunity: an equal cannot have jurisdiction over an equal.

3. How are those two propositions to be reconciled? Answers are to be found in the decisions given by national courts, the laws passed by national parliaments, the treaties and the law reform and the diplomatic processes and negotiations leading to them, and other State practice, much of it reviewed in the Judgment in this case, as well as in scholarly writing. The answers have given and continue to give particular attention to the character of the act at issue in the litigation. In broad terms, is the act an act of a public character or, in other words, to be seen as the exercise of the sovereign authority of the State, or is the act one of a private character, indistinguishable from the act of any other person acting under the local law? In the former case, the need for respect for another sovereignty, the ideas of reciprocity and the possible risks to international rela-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Je souscris aux conclusions de la Cour et, dans une large mesure, aux motifs exposés dans l'arrêt. La présente opinion a pour objet de mettre l'accent sur le fait que les règles du droit international reconnaissant ou non l'immunité d'un Etat étranger devant les juridictions d'un autre Etat sont solidement fondées sur des principes de droit international et des politiques de l'ordre juridique international. J'entends ainsi enrichir l'analyse exhaustive et convaincante de la pratique étatique à laquelle s'est livrée la Cour.

2. L'un des principes fondamentaux du droit international en cause dans le domaine à l'examen est celui de l'égalité souveraine des Etats; il s'agit du premier principe énoncé à l'article 2 de la Charte des Nations Unies. En vertu de ce principe, tel que développé dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, tous les Etats ont des droits et devoirs égaux et sont juridiquement égaux (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale). Dans les affaires qui soulèvent des questions ayant trait à l'immunité des Etats, ce principe ainsi que les droits et obligations qui en découlent s'appliquent par définition à deux Etats, à savoir l'Etat du for, où l'action en cause est engagée, et l'Etat étranger, qui est — ou est censé être — l'Etat défendeur. La compétence des juridictions du premier découle de la souveraineté de celui-ci. Si le tribunal concerné a compétence pour connaître du différend porté devant lui lorsque le défendeur est une personne physique ou morale, pourquoi devrait-il en être autrement lorsque le défendeur est un Etat étranger? A cela s'opposent cependant les principes de l'égalité souveraine et de l'indépendance de l'Etat étranger, lesquels étayent l'immunité; l'on ne saurait en effet exercer un pouvoir de juridiction sur un égal.

3. La question est donc de savoir comment ces deux propositions peuvent être conciliées. A cet égard, les décisions rendues par des juridictions nationales, les lois adoptées par des parlements nationaux, les traités — et les réformes législatives, processus diplomatiques et négociations qui y conduisent —, la pratique d'autres Etats — qui a été largement examinée dans le présent arrêt — ainsi que la doctrine fournissent certains éléments de réponse. Dans ces différents contextes, une attention particulière a toujours été accordée à la nature de l'acte qui fait l'objet de l'instance, et tel continue d'être le cas. Pour l'exprimer en des termes généraux, la question est de savoir si l'acte en question est de nature publique, autrement dit s'il doit être considéré comme constituant l'exercice, par l'Etat, de son autorité souveraine, ou s'il s'agit d'un acte à caractère privé, qui ne

tions may have major significance and indicate that immunity is available. In the latter case, the similarities of the foreign State's acts to the acts of other persons under local law and the correlative rights and obligations of the other (non-State) party in the litigation may indicate that immunity should not be available. That may be so if, for instance, the act is of a commercial or trading character; or the act is an alleged delict or tort under local law committed on the territory of the forum State; or the action relates to locally situated property. The answers, based on those matters, have changed over time and no doubt will continue to change, in the direction of a narrowing of immunity. In this case, Italy contends that the position taken by its courts conforms with that narrowing. Germany argues to the contrary.

4. Those matters began to appear 200 years ago. To demonstrate that, I take from the nineteenth century two judgments and a resolution adopted by the Institut de droit international. I make those choices from the many available because they highlight the principles and the other factors I have mentioned; they show that the common law and lawyers from that tradition — often represented as adhering to a rule of absolute immunity well into the twentieth century — had, along with those in other jurisdictions, early recognized the balance of the factors mentioned; and they usefully present the law in two parts: those areas where the local courts have jurisdiction over foreign States and those where they do not because of the immunity of the foreign State. I do of course appreciate that it is unusual in the practice of this Court and its predecessor to draw on the decisions of national courts. But, as appears from the Judgment in this case, the Court, for good reason, does give such decisions a major role. In this area of law it is such decisions, along with the reaction, or not, of the foreign State involved, which provide many instances of State practice. Further, the reasoning of the judges by reference to principle is of real value.

5. I begin with Chief Justice Marshall, speaking 200 years ago for the United States Supreme Court. In *Schooner Exchange* v. *McFaddon* (11 *US* 116 (1812)), he began with these propositions:

> "The jurisdiction of courts is a branch of that which is possessed by the nation as an independent sovereign power.

peut être distingué de celui de toute autre personne agissant dans le cadre du droit local. Dans le premier cas, la nécessité de respecter la souveraineté d'un autre Etat ainsi que certaines considérations relatives à la notion de réciprocité et à d'éventuels risques pour les relations internationales peuvent revêtir la plus haute importance et donner à penser que l'immunité s'impose. Dans le second cas, les similitudes entre les actes de l'Etat étranger et ceux d'autres personnes agissant dans le cadre du droit national ainsi que les droits et obligations correspondants de l'autre partie (non étatique) à l'instance peuvent donner à penser qu'il convient d'écarter l'immunité. Il peut en être ainsi, par exemple, si l'acte en cause revêt un caractère commercial ou transactionnel; s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit supposé au regard du droit local, commis sur le territoire de l'Etat du for; ou si l'action engagée a trait à des biens situés sur le territoire de cet Etat. Les réponses qui ont été apportées en fonction de ces éléments ont changé et, à n'en pas douter, continueront de changer avec le temps, et ce, dans le sens d'une restriction de l'immunité. En la présente espèce, l'Italie soutenait que la position adoptée par ses tribunaux était conforme à cette tendance. L'Allemagne contestait cet argument.

4. Ces questions se sont fait jour il y a deux siècles. Afin de le démontrer, je prendrai pour exemples deux décisions judiciaires datant du XIX[e] siècle ainsi qu'une résolution adoptée par l'Institut de droit international. Si j'ai retenu ces exemples parmi bien d'autres, c'est parce qu'ils mettent en lumière tant les principes que les autres facteurs que j'ai mentionnés; ils montrent que la *common law* et les juristes issus de cette culture — souvent considérés comme ayant souscrit à la conception de l'immunité absolue jusqu'à une période bien avancée du XX[e] siècle — avaient, tout comme leurs homologues issus d'autres systèmes juridiques, admis très tôt qu'il convenait de mettre en balance lesdits facteurs; par ailleurs, ces exemples divisent fort commodément le droit en deux parties: les domaines dans lesquels les tribunaux de l'Etat du for sont fondés à exercer leur compétence à l'égard d'un Etat étranger, et ceux où ils ne le peuvent pas en raison de l'immunité dont jouit cet Etat. J'ai bien évidemment conscience qu'il est inhabituel, dans la pratique de la Cour et de sa devancière, de se fonder sur des décisions rendues par des juridictions nationales. Toutefois, ainsi que cela ressort du présent arrêt, la Cour a à juste titre accordé à pareilles décisions un rôle essentiel. C'est qu'en effet, dans le domaine du droit qui est à l'examen, ce sont ces décisions, ainsi que la réaction — ou l'absence de réaction — de l'Etat étranger, qui constituent une partie importante de la pratique étatique. De surcroît, le raisonnement suivi par les juges à la lumière des principes pertinents est fort précieux.

5. Je commencerai par me référer aux vues exposées il y a deux cents ans par le Chief Justice Marshall, lequel s'exprimait au nom de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. En l'affaire *Schooner Exchange c. McFaddon* (11 *US* 116 (1812)), il a commencé par indiquer ce qui suit:

> «La compétence des tribunaux est une branche de ce qui appartient à la nation en tant que pouvoir souverain indépendant.

> The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction." (11 *US* 116, 136.)

He then examined what he referred to as several instances of consent of the territorial State tested by common usage, and by common opinion growing out of that usage. Sixty years later, an English judge, Sir Robert Phillimore, rejected a plea of immunity made by the Khedive of Egypt. He began his examination of the immunity of the sovereign prince from the court's jurisdiction, by

> "stat[ing] with precision the foundation upon which this privilege rests. Upon principles of general jurisprudence the presence of a person or of property within the limits of a State founds the jurisdiction of the tribunals of that State . . . The sovereign prince or his representative is exempted from the operation of this principle, absolutely, so far as his person is concerned, and with respect to his property, at least so far as that property is connected with the dignity of his position and the exercise of his public functions.
>
> Upon what grounds is this exemption allowed? Not upon the possession on behalf of the sovereign of any absolute right in virtue of his sovereignty to this exemption; such a right on his part would be incompatible with the right of the territorial sovereign . . . The true foundation is the consent and usage of independent States, which have universally granted this exemption from local jurisdiction in order that the functions of the representative of the sovereignty of a foreign State may be discharged with dignity and freedom, unembarrassed by any of the circumstances to which litigation might give rise." (*The Charkieh* (1873), *LR* 4 A & E 59, 88.)

The references by the judges to common usage and common opinion arising out of that usage tend to suggest that the consent of the territorial State was coming to be seen as a fiction. The reconciliation between the competing sovereignties, in my understanding of the development of the law, ceased to rely on ideas of consent, but weighed the other matters mentioned above and, in particular, the character of the act in issue. The combination of that matter, (implied) consent, and principle may be seen in a second feature of the two judgments in which the judges indicated situations in which territorial sovereignty may prevail over the sovereignty of the foreign State.

6. Chief Justice Marshall looked at what he saw as a manifestly distinct situation. That situation concerned the private property of the

> Le pouvoir de juridiction de la nation à l'intérieur de son propre territoire est nécessairement exclusif et absolu. Il ne peut faire l'objet d'aucune restriction qui ne soit imposée par la nation elle-même. Toute restriction de ce pouvoir de juridiction qui serait imposée par une source extérieure impliquerait une diminution équivalente de la souveraineté de la nation ainsi qu'une ingérence équivalente de la puissance étrangère qui aurait imposé cette limitation dans la sphère souveraine de la nation.» (11 *US* 116, p. 136.)

Le Chief Justice Marshall a ensuite passé en revue différents exemples de consentement de l'Etat territorial fondés, selon lui, sur l'usage commun et sur l'opinion commune découlant de cet usage. Soixante ans plus tard, un juge anglais, sir Robert Phillimore, a rejeté l'invocation de l'immunité par le khédive d'Egypte. Il a commencé son examen de l'immunité de juridiction du prince étranger en

> «expos[ant] avec précision les fondements sur lesquels repose ce privilège. Il ressort des principes énoncés dans la jurisprudence générale que le fait qu'une personne ou un bien soit présent à l'intérieur des limites d'un Etat fonde la compétence des tribunaux de cet Etat... Ce principe ne vaut ni pour le prince souverain ni pour son représentant; cette dernière règle s'applique de manière absolue lorsqu'il s'agit de leur personne et, lorsqu'il s'agit de leurs biens, au moins pour autant que le bien en question est en rapport avec la dignité de leur rang et l'exercice de leurs fonctions publiques.
>
> Sur quels fondements ce privilège repose-t-il? Certainement pas sur le fait que le souverain posséderait, de par sa souveraineté, un droit absolu à en bénéficier; pareil droit ne serait en effet pas compatible avec le droit du souverain territorial... Le véritable fondement de l'immunité est le consentement et l'usage des Etats indépendants, lesquels ont universellement accordé cette immunité de juridiction afin de permettre au représentant de la souveraineté d'un Etat étranger de s'acquitter de ses fonctions avec dignité et en toute liberté, sans être entravé par une quelconque action en justice.» (*The Charkieh* (1873), *LR* 4 A & E 59, p. 88.)

Les références faites par ces juges à l'usage commun et à l'opinion commune qui en découle incitent à penser que le consentement de l'Etat territorial commençait à être considéré comme une fiction; selon ma perception du développement du droit, la conciliation entre les souverainetés concurrentes a alors cessé de reposer sur l'idée du consentement, tandis que d'autres facteurs susmentionnés, et notamment la nature de l'acte en cause, ont été pris en considération. L'effet conjugué de ce dernier facteur, du consentement (implicite) et de considérations de principe ressort lui aussi de ces deux décisions, dans lesquelles les juges ont exposé des situations où la souveraineté territoriale pouvait l'emporter sur celle de l'Etat étranger.

6. Le Chief Justice Marshall s'est ainsi penché sur ce qu'il considérait comme un cas manifestement différent, à savoir celui des biens privés du

prince. A prince, by acquiring private property in a foreign country, may possibly be considered, he said, "as subjecting that property to the territorial jurisdiction; he may be considered as so far laying down the prince, and assuming the character of a private individual" (11 *US* 116, 145); or, it may be added, the elements of sovereignty, equality, independence and dignity are absent and the consent, this time of the foreign State and generally implicit, may, with that absence, be seen as denying immunity. Similarly, Sir Robert Phillimore focused on the fact that the vessel which was the subject of the proceeding before him was "employed for the ordinary purposes of trading. She belongs to what may be called a commercial fleet." (*LR* 4 A & E 59, 99.) He had earlier said:

> "The object of international law, in this as in other matters, is not to work injustice, not to prevent the enforcement of a just demand, but to substitute negotiations between governments, though they may be dilatory and the issue distant and uncertain, for the ordinary use of courts of justice in cases where such use would lessen the dignity or embarrass the functions of the representatives of a foreign State; and if the suit takes a shape which avoids this inconvenience, the object both of international and of ordinary law is attained — of the former, by respecting the personal dignity and convenience of the sovereign; of the latter, by the administration of justice to the subject.
>
> The universally acknowledged exceptions to the general rule of the sovereign's immunity when examined prove the truth of this proposition. For instance, the exemption from suit is admitted not to apply to immoveable property. One reason may be that the owner of such property has so incorporated himself into the jural system of the state in which he holds such property, that the argument of general inconvenience to States from allowing the exemption outweighs the argument from convenience on which the exemption in other matters is bottomed. But another reason surely is . . . that such a suit can be carried on without the necessity of serving process upon the sovereign, or of interfering in any way with such personal property as may be requisite for the due discharge of his functions. The exemption must be taken away for one of three reasons, either those which I have suggested, or a third, that the acquisition of immoveable property amounts to a waiver of privilege." (*LR* 4 A & E 59, 97-98.)

7. The first of those two paragraphs valuably highlights the distinction between the substantive obligation of the foreign State and the procedural or institutional means by which it is to be enforced or pursued — in the one case the "just demand" was pursued through a court process and

prince. Selon le Chief Justice Marshall, lorsqu'il acquiert un bien à titre privé dans un pays étranger, un prince pourrait être considéré «comme soumettant ce bien à la juridiction territoriale dudit Etat; il peut être considéré comme ayant, dans cette mesure, renoncé à sa qualité de prince, comme étant devenu un simple particulier» (11 *US* 116, p. 145); ou bien, pourrait-on ajouter, les éléments de souveraineté, d'égalité, d'indépendance et de dignité font en pareil cas défaut, et le consentement — celui, cette fois, de l'Etat étranger, qui est généralement implicite — peut, dès lors, être considéré comme consistant à refuser l'immunité. De la même manière, sir Robert Phillimore a mis l'accent sur le fait que le navire qui faisait l'objet de l'instance dont il était saisi «servait aux fins ordinaires du commerce. Il appartenait à ce que l'on peut qualifier de flotte commerciale.» (*LR* 4 A & E 59, p. 99.) Il avait préalablement indiqué ce qui suit:

> «L'objet du droit international, dans ce domaine comme dans d'autres, n'est ni de commettre des injustices ni d'empêcher qu'il soit fait droit à une juste demande, mais de substituer au recours ordinaire aux tribunaux — lorsque pareil recours risquerait de porter atteinte à la dignité des représentants d'un Etat étranger ou de les entraver dans l'exercice de leurs fonctions — les négociations intergouvernementales, quoique celles-ci puissent être dilatoires et que l'issue puisse en être lointaine et incertaine. Si, en revanche, le procès ne présente pas l'inconvénient susmentionné, alors tant l'objet du droit international que celui du droit commun sont atteints: s'agissant du premier, par le respect de la dignité personnelle et de la commodité du souverain; s'agissant du second, par l'administration de la justice.
>
> Les exceptions universellement reconnues à la règle générale de l'immunité souveraine démontrent, à l'examen, le bien-fondé de cette proposition. Il est par exemple admis que l'immunité de juridiction ne s'applique pas aux immeubles. Cela peut s'expliquer par le fait que le propriétaire de pareils biens est à ce point intégré dans le système juridique de l'Etat dans lequel ceux-ci se trouvent que l'inconvénient que cela constitue, d'une manière générale, pour les Etats de reconnaître l'exemption de juridiction l'emporte sur l'avantage qui fonde cette exemption en d'autres matières. Une autre raison est cependant assurément ... que pareil procès peut être mené sans qu'il soit besoin de signifier la citation au souverain et sans que cela n'affecte d'une quelconque manière un bien personnel qui serait nécessaire à l'exercice de ses fonctions. L'exemption de juridiction doit donc être écartée, que ce soit pour l'une des raisons susmentionnées, ou encore pour une troisième, à savoir que le fait d'acquérir un immeuble emporte renonciation à ce privilège.» (*LR* 4 A & E 59, p. 97-98.)

7. Le premier de ces deux paragraphes met fort utilement en lumière la distinction entre l'obligation de fond qui incombe à l'Etat étranger et les moyens procéduraux ou institutionnels par lesquels cette obligation doit être exécutée; il est satisfait à la «juste demande», dans un cas, par le biais

in the other the available means was negotiation between States. That distinction between right and process is critical in the law in general and in the present case in particular (see Part III (3) of the Judgment). The second paragraph, in addition to recalling other instances where territorial sovereignty prevails, gives reasons for that result.

8. The Institut de droit international in 1891 in its draft International Rules on the jurisdiction of courts over proceedings against foreign States, sovereigns and heads of State provided an exhaustive list of six situations in which court actions against foreign States were permitted. Included on that list were actions for damages arising from a delict or quasi delict committed on the territory of the forum State (Art. 4 (6)). That list was immediately followed by a bar, among other things, on actions brought against acts of sovereignty (Art. 5). A similar approach can be seen in the resolution on State immunity in relation to jurisdiction and enforcement adopted by the Institut a century later with Ian Brownlie as the Rapporteur ("Contemporary Problems concerning the Immunity of States in relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement" (1991)). Nine criteria are listed as indicating that judicial and other organs of the forum State have jurisdiction and five as giving the opposite indication. Among the first are proceedings "concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State" (Art. 2 (2) *(e)*). Among the latter indications, tending to deny jurisdiction, are (1) "the relation between the subject-matter of the dispute and the validity of the transactions of the defendant State in terms of public international law" (Art. 2 (3) *(b)*), and (2) "the organs of the forum State should not assume the competence to inquire into the content or implementation of the foreign, defence and security policies of the defendant State" (Art. 2 (3) *(d)*).

9. That resolution was adopted just a few weeks after the International Law Commission had completed its draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, the draft which became the basis of the 2004 United Nations Convention. In 1991 the Commission reaffirmed as still generally applicable the commentary it had adopted in 1980, a commentary based on a review of much State practice, including legislation, executive action and court decisions, treaties, and many authorities. The commentary said this, under the heading "Rational Basis of State Immunity":

> "The most convincing arguments in support of the principle of State immunity may be found in international law as evidenced in the usage and practice of States and as expressed in terms of the sovereignty, independence, equality and dignity of States. All these notions seem to coalesce, together constituting a firm international

d'une procédure judiciaire et, dans l'autre, par la négociation entre Etats. Cette distinction est essentielle en droit d'une manière générale, et elle l'est plus particulièrement en la présente espèce (voir le point 3 de la section III de l'arrêt). Le second paragraphe, outre qu'il rappelle d'autres cas dans lesquels la souveraineté territoriale l'emporte, étaye cette conclusion.

8. Dans le projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers, adopté en 1891 par l'Institut de droit international, figure une liste exhaustive de six cas dans lesquels des actions judiciaires peuvent être intentées contre des Etats étrangers. Sur cette liste sont mentionnées les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit commis sur le territoire de l'Etat du for (art. 4, para. 6). Cette liste est immédiatement suivie d'une interdiction de pareilles actions, notamment en ce qui concerne les actes de souveraineté (art. 5). Une approche similaire ressort de la résolution relative à l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, que l'Institut a adoptée un siècle plus tard, M. Ian Brownlie ayant exercé les fonctions de rapporteur («Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats», 1991). Cette résolution énonce neuf critères indicatifs de la compétence des tribunaux ou autres organes de l'Etat du for, et cinq critères indiquant le contraire. Parmi les premiers figurent les actions «concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un Etat étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for» (art. 2, par. 3, al. *e)*). Parmi les seconds critères, indicatifs de l'incompétence, sont mentionnés: 1) «[l]a relation entre l'objet du différend et la légalité des opérations de l'Etat défendeur au regard du droit international public» (art. 2, par. 3, al. *b)*); et 2) le fait que «[l]es organes de l'Etat du for ne devraient pas se déclarer compétents pour enquêter sur le contenu ou la mise en œuvre des politiques de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique» (art. 2, par. 3, al. *d)*).

9. Cette résolution a été adoptée quelques semaines à peine après que la Commission du droit international (CDI) eut achevé son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, projet qui a été à la base de la convention des Nations Unies de 2004. En 1991, la CDI a précisé que restait généralement valide le commentaire qu'elle avait adopté en 1980, lequel était fondé sur l'examen d'une grande partie de la pratique étatique, y compris la législation, les actes de l'exécutif et les décisions judiciaires, les traités et nombre d'autres sources faisant autorité. Ce commentaire, qui figurait sous l'intitulé «Fondement rationnel de l'immunité des Etats», se lisait comme suit:

> «Les arguments les plus convaincants que l'on puisse avancer à l'appui du principe de l'immunité des Etats se trouvent dans le droit international tel qu'il se dégage des usages et de la pratique des Etats, exprimés en termes de souveraineté, d'indépendance, d'égalité et de dignité des Etats. Toutes ces notions semblent s'unir pour constituer

legal basis for State immunity. State immunity is derived from sovereignty. Between two co-equals, one cannot exercise sovereign will or authority over the other: *par in parem imperium non habet.*" (*Yearbook of the International Law Commission (YBILC)*, 1980, Vol. II (2), p. 156, para. 55 of commentary to draft Article 6; *ibid.*, 1991, Vol. II (2), pp. 22-23, para. 5 of commentary to Article 5.)

10. Throughout its work on the topic, the Commission continued to draw the distinction, which had been appearing since early in the nineteenth century between the public and the private, to use that shorthand. In the former sphere, the principles of sovereign equality, independence, reciprocity and dignity, possible risks to international relations, and, if needed, the (implied) consent of the territorial State to the waiving of its territorial jurisdiction prevailed. In the latter, the foreign State, by operating in effect as a private person within the local legal system, either subjected itself to the local law and judicial system or became subject to that law and system. A choice between those alternatives was made by the International Law Commission in its drafting of the eight provisions which now appear in Part II. of the United Nations Convention under the heading "Proceedings in which State Immunity Cannot Be Invoked". The phrase "the State is considered to have consented to the exercise of" the local jurisdiction which had been included in four of the provisions in that part was replaced by the phrase "the State cannot invoke" immunity from that jurisdiction (*YBILC*, 1991, Vol. II (2), p. 34, para. 2 of commentary to Article 10). The implied or fictional consent of the foreign State has gone. The propositions supporting territorial sovereignty now appear as statements of general law.

11. With that consideration of principle in mind, I go to the facts which lie at the heart of the claims brought before the Italian courts. German forces inflicted untold suffering on the Italian people during the period from September 1943 until the liberation of Italy in May 1945. Germany acknowledges those facts and their illegality and says that it accepts full responsibility for those terrible events. May the Italian courts exercise jurisdiction over claims, based on those facts, brought against Germany? How is the contest of equal sovereignties to be resolved?

12. One answer proposed by Italy was based on the local tort or delict rule. As indicated, that rule has been long recognized, at least in doctrine; the acts in issue in this case would be plainly unlawful under any conceivable system of national law, as well as under international law. But what is the extent of that rule? The 1891 and 1991 formulations by the Institut de droit international require a territorial element: that the wrong was committed in the territory or within the national jurisdiction of the forum

une base juridique ferme sur laquelle se fonde l'immunité souveraine. L'immunité des Etats découle de la souveraineté. Deux sujets égaux ne peuvent exercer leur volonté ou leur autorité souveraine l'un sur l'autre : *par in parem imperium non habet.* » (*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 152, par. 55 du commentaire relatif à l'article 6; *ibid.*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 23, par. 1 du commentaire relatif à l'article 5).

10. Tout au long de ses travaux sur le sujet, la CDI a continué d'établir la distinction entre public et privé — pour utiliser un raccourci — qui s'était fait jour au début du XIX[e] siècle. Dans la première sphère, les principes d'égalité souveraine, d'indépendance, de réciprocité et de dignité, les risques éventuels pour les relations internationales et, le cas échéant, le fait que l'Etat territorial ait (implicitement) consenti à renoncer à sa compétence territoriale l'emportaient. Dans la seconde sphère, l'Etat étranger, en agissant de fait comme une personne privée dans le cadre du système juridique local, soit se soumettait lui-même au droit et au système judiciaire locaux, soit y devenait assujetti. La CDI, en rédigeant les huit dispositions qui figurent aujourd'hui dans la troisième partie, intitulée « Procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité », de la convention des Nations Unies, a opéré un choix entre ces deux hypothèses. L'expression « l'Etat est considéré comme ayant consenti à l'exercice de » la compétence locale, qui figurait dans quatre de ces dispositions, a ainsi été remplacée par l'expression « l'Etat ne peut invoquer » l'immunité de juridiction devant ce tribunal (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 34, par. 2 du commentaire relatif à l'article 10). Il n'est donc plus question de consentement implicite ou fictif de l'Etat étranger; les propositions étayant la souveraineté territoriale prennent désormais la forme d'énoncés de droit général.

11. A la lumière de ce qui précède, j'examinerai à présent les faits qui sont au cœur des actions engagées devant les tribunaux italiens. Les forces allemandes ont infligé des souffrances indicibles au peuple italien au cours de la période allant du mois de septembre 1943 jusqu'à la libération de l'Italie, en mai 1945. L'Allemagne reconnaît ces faits et leur caractère illicite, précisant qu'elle admet pleinement sa responsabilité pour ces terribles événements. Les tribunaux italiens sont-ils alors fondés à exercer leur compétence à l'égard d'actions se rapportant à ces faits et engagées contre l'Allemagne? Comment la contradiction entre des souverainetés égales peut-elle être levée?

12. L'une des réponses avancées par l'Italie était fondée sur la règle du délit ou du quasi-délit local. Ainsi que cela a été précisé, cette règle est admise de longue date, au moins dans la doctrine; de toute évidence, les actes en cause dans la présente affaire seraient illégaux au regard de tout système juridique national, et illicites en droit international. Quelle est cependant la portée de ladite règle? Ses formulations en 1891 et 1991 par l'Institut de droit international requièrent un élément territorial, à savoir

State (see para. 8 above). The same element appears in a more detailed form in Article 12 of the 2004 United Nations Convention:

> "Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission."

13. The whole emphasis in the text of Article 12 and the International Law Commission commentary on it is on the local character of that legal proceeding as well as on its private nature. There must be a right under local law to compensation; the actor must have been in the territory when the act occurred; and that act must have occurred there in whole or in part. According to the Commission, the exception to immunity is "applicable only to cases or circumstances in which the State concerned would have been liable under the *lex loci delicti commissi*"; a local court is the most convenient; and the rule of non-immunity would prevent the possibility of the insurance company hiding behind the cloak of State immunity (most of the injury and damages likely to be covered will be insurable) (*YBILC*, 1991, Vol. II (2), pp. 44-45, paras. 2-4 of commentary to Article 12). The proposition stated in Article 12, assuming it to be a statement of customary international law, and its rationale plainly do not address delictual or tortious acts committed elsewhere, in this case outside Italy.

14. The Commission also contemplates that political assassinations (at the direction or with the knowledge of the foreign State, I assume) would be covered. I can see the force of that even though the act might be said in one sense to be of a very public, governmental, character; it is likely also to be a serious breach of the local law giving rise to civil liability and proceedings in the local courts. To return to the beginning point, as stated by Chief Justice Marshall, of the exclusive jurisdiction of the courts of the local sovereign, I can see no justification in terms of equal sovereignty, independence, dignity, reciprocity or possible risks to international relations, or the implied consent of the territorial sovereign for denying jurisdiction in respect of that violation of the law of the land.

15. Acts committed in the course of armed conflict between States, are, in my view, of a markedly different kind. They are acts at the interna-

que l'acte en question ait été commis sur le territoire ou dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for (voir par. 8 ci-dessus). Ce même élément est énoncé de façon plus détaillée à l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004:

> «A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.»

13. La disposition précitée ainsi que le commentaire y relatif de la CDI mettent l'accent sur le caractère à la fois local et privé de la procédure judiciaire en question. Le droit local doit prévoir un droit à réparation; l'auteur doit avoir été présent sur le territoire au moment où l'acte s'est produit; et celui-ci doit s'y être produit en totalité ou en partie. Selon la CDI, l'exception à la règle de l'immunité «n'est applicable qu'aux cas dans lesquels l'Etat intéressé aurait été tenu de réparer en vertu de la *lex loci delicti commissi*»; le tribunal le plus indiqué est celui de l'Etat où l'acte a été commis; et la dérogation à la règle de l'immunité permettrait d'empêcher qu'une compagnie d'assurance puisse se retrancher derrière l'immunité de l'Etat (les dommages susceptibles d'être couverts seront, pour la plupart, assurables) (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 44-45, par. 2-4 du commentaire relatif à l'article 12). La règle figurant à l'article 12, à supposer qu'elle énonce le droit international coutumier, ainsi que le fondement sur lequel elle repose n'ont manifestement pas trait aux actes délictuels ou quasi délictuels commis ailleurs, en l'espèce en dehors de l'Italie.

14. La CDI est également d'avis que les assassinats politiques (s'ils ont été commis à l'instigation de l'Etat ou si celui-ci en avait connaissance, je présume) tomberaient sous le coup de cette disposition. Cela paraît fondé, quoique pareil acte puisse, d'une certaine manière, être considéré comme étant de nature proprement publique ou gouvernementale; selon toute vraisemblance, il s'agirait aussi d'une violation grave du droit local, qui engagerait la responsabilité civile et donnerait lieu à une action devant les tribunaux locaux. Pour en revenir au point de départ énoncé par le Chief Justice Marshall, celui de la compétence exclusive des juridictions du souverain local, rien ne justifie, selon moi, du point de vue de l'égalité souveraine, de l'indépendance, de la dignité, de la réciprocité ou des risques éventuels pour les relations internationales, ou encore du consentement implicite du souverain territorial, de refuser que soit exercée la compétence à l'égard de pareille violation du droit interne.

15. Les actes commis au cours d'un conflit armé sont en revanche, à mon sens, d'une tout autre nature. Ce sont des actes commis au niveau

tional, inter-State level, of a sovereign nature relating to the implementation of foreign, security and defence policies of the defendant State and are to be assessed according to international law, to return to the terms of the Institut texts (see para. 8 above). Those acts are not acts to be assessed primarily by reference to local law, although they might also involve breaches of local criminal law so far as it incorporates provisions of international law, for instance creating or declaring crimes for which individuals may be individually responsible and in respect of which they are not likely to have immunity.

16. The International Law Commission commentary states flatly that its draft Article 12 does not "apply to situations involving armed conflicts" (*YBILC*, 1991, Vol. II (2), p. 46, para. 10 of commentary to Article 12). While it would have been helpful had the United Nations Convention made it express, as the European Convention does, that the Convention does not apply to claims arising from armed conflicts or from actions of the armed forces (1972 European Convention on State Immunity, Art. 31), the statement of 25 October 2004 by the Chairman of the *Ad Hoc* Committee when introducing the report of that Committee on the draft Convention follows the Commission's position and is clear: one of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention; the general understanding had always prevailed that they were not (A/C6/59/SR13, para. 36; see also the reference in the last preambular paragraphs of General Assembly resolution 59/38, adopting the Convention, to the "statement of the Chairman of the *Ad Hoc* Committee"). Norway and Sweden when ratifying the Convention have made explicit their understandings to similar effect. The Chairman's statement indicates to me that the exclusion of war claims went almost without saying.

17. Also supporting that exclusion is the analogy provided by national law which in many countries at first recognized the absolute immunity of States from proceedings in their own courts, and later limited it. The ILC said this about the earlier period:

> "It was in the nineteenth century that the doctrine of State immunity came to be established in the practice of a large number of States. In common law jurisdictions, especially in the United Kingdom and the United States of America, the principle that foreign States are immune from the jurisdiction of the territorial States has to a large extent been influenced by the traditional immunity of the local sovereign, apart altogether from the application of international comity or *comitas gentium*. In the United Kingdom, at any rate, the doctrine

international et interétatique, revêtant un caractère souverain et ayant trait, pour reprendre les termes employés dans les textes de l'Institut de droit international (voir par. 8 ci-dessus), à la mise en œuvre de la politique de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique, actes qui doivent donc être appréciés au regard du droit international. Ces actes ne doivent pas être principalement appréciés au regard du droit national, et ce, bien qu'ils puissent aussi constituer des violations du droit pénal local, dans la mesure où y sont incorporées des dispositions du droit international, celles, par exemple, qui définissent ou énoncent des crimes à raison desquels la responsabilité des individus peut être engagée et à l'égard desquels ceux-ci ne peuvent pas jouir de l'immunité.

16. Dans son commentaire, la CDI se contente d'indiquer que son projet d'article 12 «ne s'applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48, par. 10 du commentaire relatif à l'article 12). Quoiqu'il eût été utile que fût précisé dans la convention des Nations Unies, comme c'est le cas dans la convention européenne, que cet instrument ne s'applique pas à des demandes liées à des conflits armés ou à des actes commis par des forces armées (convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, art. 3), le président du comité spécial a, dans la déclaration présentant le rapport de son comité sur le projet de convention qu'il a faite le 25 octobre 2004, suivi la position de la CDI en indiquant clairement que l'une des questions qui avaient été posées était celle de savoir si la convention s'appliquait aux activités militaires, ajoutant qu'il avait toujours été généralement admis que tel n'était pas le cas (A/C6/59/SR13, par. 36; voir également la référence figurant dans le dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, par laquelle a été adoptée la convention, à la «déclaration faite par le président du comité spécial»). La Norvège et la Suède, lorsqu'elles ont ratifié la convention, ont explicitement indiqué qu'elles la comprenaient ainsi. Selon moi, il ressort de la déclaration du président du comité spécial que l'exclusion des réclamations se rapportant à des conflits armés allait presque de soi.

17. Un autre élément venant étayer cette exclusion est l'analogie avec les dispositions du droit national qui, dans bien des pays, ont commencé par reconnaître l'immunité de juridiction absolue des Etats devant leurs propres tribunaux, avant de la limiter. Au sujet de la première période, la CDI a indiqué ce qui suit:

> «C'est au XIX[e] siècle que la doctrine de l'immunité des Etats s'est imposée dans la pratique d'un grand nombre d'Etats. Dans les juridictions de «common law», notamment au Royaume-Uni et aux Etats-Unis d'Amérique, le principe selon lequel les Etats étrangers ne tombent pas sous le coup de la juridiction de l'Etat territorial a, dans une large mesure, été influencé par la notion d'immunité traditionnelle du souverain local, qui n'a rien à voir avec l'application de la notion de courtoisie internationale ou *comitas gentium*. Au Royaume-Uni, en tout cas, la

> of sovereign immunity has been a direct result of the British constitutional usage expressed in the maxim 'The King cannot be sued in his own courts'. To implead the national sovereign was therefore a constitutional impossibility . . . The immunity of the Crown was later extended to cover also the sovereign heads of other nations, or foreign sovereigns with whom at a subsequent stage of legal development foreign States have been identified." (*YBILC*, 1980, Vol. II (2), p. 144, para. 9.)

But by 1932 it was possible for those responsible for the extensively researched and carefully prepared Harvard draft convention on the Competence of Courts in regard to foreign States to say that

> "Exceptions [to the rule of absolute immunity] . . . have made their appearance as the necessities of modern life have changed and developed. More and more States have adopted legislation by which they have submitted to suits by private persons in their own courts. The old English principle that the King can do no wrong has lost much of its force as an operative legal doctrine." ((1932) 26 *AJIL* Supp. 527-528; the text was prepared by a group with Professor Philip C. Jessup as reporter.)

The draft accordingly included a number of exceptions to immunity. Twenty years later, Professor Hersch Lauterpacht pressed the national law analogy with reference to recent legislative changes in common law countries limiting the immunity of the local state from court proceedings ("The Problem of the Jurisdictional Immunities of Foreign States" (1951), 28 *BYBIL* 220-221, 233-235). Many of those changes in national law had as their purpose, with reference to the principles of the rule of law and the equality of the State and its citizens under the law, the placing of the State as litigant in the same position as the individual as litigant. To recall the distinction made earlier in this opinion, the new legislation was concerned with the State being made subject to jurisdiction in respect of private law claims. That legislation did not, by contrast, allow claims arising from actions of the armed forces of the State in defence of the State or even more broadly. Such matters were dealt with at the national level by general policies such as war pensions and other measures for the rehabilitation of returned members of the armed forces. (See e.g., P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed., 2000, 7 (6) *(b)*.) While that parallelism with private acts is not to be pressed beyond its limits, it is of interest, as Sompong Sucharitkul, the ILC's first special Rapporteur wrote in 1959, that in Italy

> "[t]he doctrine of State immunity was also generally applied by Italian courts in the nineteenth century. But at the very beginning, Italian courts adopted a restrictive view of immunity based upon the

doctrine de l'immunité souveraine est le résultat direct de l'usage constitutionnel anglais exprimé par la maxime « Le Roi ne peut pas être poursuivi devant ses propres tribunaux ». Il était donc constitutionnellement impossible de traduire en justice le souverain national... L'immunité de la couronne fut plus tard étendue aux souverains des autres nations ou aux souverains étrangers avec lesquels, à un stade ultérieur de développement du droit, les Etats étrangers ont été identifiés. » (*ACDI*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 140-141, par. 9.)

Dès 1932, les auteurs du projet de convention de Harvard sur la compétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers, projet qui fit l'objet de recherches approfondies et fut rédigé avec le plus grand soin, étaient cependant en mesure d'indiquer ce qui suit :

« Les exceptions [à la règle de l'immunité absolue] sont apparues lorsque les nécessités liées à la vie moderne se sont modifiées et multipliées. Un nombre croissant d'Etats ont alors adopté des lois autorisant que des personnes privées engagent contre eux des actions judiciaires devant leurs propres tribunaux. Aussi le vieux principe anglais selon lequel le souverain ne saurait mal faire a-t-il perdu bien de sa force en tant que théorie juridique applicable. » (*AJIL*, vol. 26 (1932), sup., p. 527-528 ; texte collectif dont Philip C. Jessup fut le rapporteur.)

Un certain nombre d'exceptions à l'immunité étaient ainsi énumérées dans ce projet. Vingt ans plus tard, M. Hersch Lauterpacht a poursuivi cette analogie avec le droit national en se référant à des changements législatifs récents dans les pays de *common law* limitant l'immunité de l'Etat du for devant ses propres tribunaux (« The Problem of the Jurisdictional Immunities of Foreign States », *BYBIL*, vol. 28 (1951), p. 220-221, p. 233-235). Nombre de ces changements visaient, en se référant aux principes de l'Etat de droit et de l'égalité de l'Etat et de ses citoyens devant le droit, à mettre l'Etat dans la même situation que l'individu dans le cadre d'un procès. Pour reprendre la distinction établie plus haut, ces nouvelles lois avaient pour objet de soumettre l'Etat à la compétence des tribunaux dans le cadre d'actions de droit privé ; en revanche, elles ne permettaient pas que soient engagées contre l'Etat des actions ayant trait aux actes de ses forces armées agissant dans le cadre de sa défense, ni même dans un cadre plus général. Pareilles questions étaient régies sur le plan national par des politiques générales telles que celles concernant les pensions de guerre et d'autres mesures tendant à la réinsertion des membres des forces armées démobilisés (voir, par exemple, P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3e éd., 2000, 7 (6) *b)*). Quoiqu'il ne faille pas prolonger par trop ce parallèle avec les actes privés, il est intéressant de relever qu'en Italie, ainsi que Sompong Sucharitkul, le premier rapporteur spécial de la CDI l'a précisé en 1959,

« la doctrine de l'immunité de l'Etat a également, en règle générale, été appliquée par les tribunaux italiens au XIXe siècle. Dès le départ, ces tribunaux ont cependant adopté une conception restrictive de

double personality of the State. This was principally because in Italy the local sovereign himself was subject to the jurisdiction of an Italian judge in respect of acts performed in his private capacity." (*State Immunities and Trading Activities in International Law*, 1959, p. 11.)

18. At the international level, claims in respect of war damages and losses against former belligerents are in practice dealt with by inter-State negotiations and agreements, as shown in the present case by the treaties of 1947 and 1961 (see paragraphs 22 and 24-25 of the Judgment); such agreements deal with the claims of loss on a general footing, often on a reciprocal basis and not by way of individual claims, whether based on fault or not. That international practice recognizes consequences of the widespread devastation and destruction that follow major armed conflicts. That destruction, along with the overwhelming need for former belligerent States to reconstruct their societies and their economies, as recognized in that practice, makes completely impracticable, as best as I understand the matter, the Italian proposition in these terms:

> "States (both the State of the victims and the State which is responsible for the violations) when negotiating . . . agreements [for war damages] must ensure that *(a)* all categories of (if not all individual) victims of war crimes are covered; *(b)* there be sufficient financial means to make the reparation more than symbolic; *(c)* there be appropriate mechanisms for ensuring that the reparation is made to the victims. Thus, it would not be sufficient for a State just to say that the counterpart agreed to waive all claims in exchange for a sum of money. There must be certainty that the sum of money is sufficient and appropriate; there must be criteria for the identification of victims and for its distribution to victims." (Counter-Memorial of Italy, para. 5.26.)

How could the stated requirements *(a)* and *(b)* possibly be satisfied in Europe following six years of unrelenting warfare? In practice any reparation received has often, and understandably, been used by States for general recovery purposes. And *(c)* is not an obligation recognized in law or always in fact.

19. Professor Louis Henkin, referring primarily to many post-war settlement agreements concluded by the United States throughout its history, has said that:

> "governments have dealt with such private claims as their own, treating them as national assets, and as counters, 'chips', in international bargaining. Settlement agreements have lumped, or linked, claims deriving from private debts with others that were intergovernmental in origin, and concessions in regard to one category of claims might be set off against concessions in the other, or against larger political

l'immunité fondée sur la double personnalité de l'Etat. Cela résultait essentiellement de ce que, en Italie, le souverain local lui-même était soumis à la compétence du juge italien à l'égard des actes accomplis à titre privé.» (*State Immunities and Trading Activities in International Law*, 1959, p. 11.)

18. Sur le plan international, les réclamations relatives aux dommages et pertes de guerre contre d'anciens belligérants sont, en pratique, traitées dans le cadre de négociations et d'accords interétatiques, ce qu'attestent, en la présente espèce, les traités de 1947 et de 1961 (voir paragraphes 22 et 24-25 de l'arrêt); dans ces accords, ces réclamations sont examinées d'une manière générale et souvent réciproque, et non au cas par cas, en recherchant ou non l'existence d'une faute. De par cette pratique internationale sont reconnues les conséquences des importants ravages que provoquent les grands conflits armés. Ces ravages, auxquels s'ajoute la nécessité impérieuse, pour les anciens Etats belligérants, de reconstruire leurs sociétés et leurs économies — nécessité reconnue par ladite pratique —, semblent rendre totalement irréaliste la thèse de l'Italie, telle qu'ainsi exposée:

> «Lorsque les Etats (aussi bien l'Etat des victimes que celui qui est responsable des violations) négocient de[s] accords [ayant trait aux dommages de guerre], ils doivent veiller à ce que: *a)* toutes les catégories de victimes des crimes de guerre (si ce n'est la totalité des victimes individuelles) soient visées; *b)* il existe des ressources suffisantes afin que la réparation soit plus que symbolique; *c)* il existe des mécanismes appropriés permettant de s'assurer que les victimes ont été indemnisées. Il ne serait donc pas suffisant qu'un Etat se contente d'affirmer que l'autre partie avait consenti à renoncer à toutes les réclamations en échange d'une somme d'argent. Il doit être garanti que le montant est suffisant et approprié; des critères doivent être prévus pour l'identification des victimes et pour la répartition du montant entre ces dernières.» (Contre-mémoire de l'Italie, par. 5.26.)

Comment aurait-il bien pu être satisfait aux exigences énoncées aux points *a)* et *b)* en Europe, après six années d'une guerre acharnée? Dans la pratique, l'ensemble des réparations perçues ont, le plus souvent, été utilisées par les Etats à des fins de reconstruction générale, ce qui est d'ailleurs tout à fait compréhensible. Enfin, le point *c)* n'est pas une obligation reconnue en droit, et elle ne l'est pas toujours en fait.

19. Se référant, pour l'essentiel, à de nombreux accords de règlement d'après guerre conclus par les Etats-Unis d'Amérique à travers l'histoire, Louis Henkin a précisé ce qui suit:

> «les gouvernements ont traité ces réclamations privées comme s'il s'agissait de leurs propres réclamations, les utilisant dans le cadre de négociations internationales comme autant d'atouts ou de jokers dans un jeu de cartes. Dans les accords de règlement, les réclamations découlant de créances privées ont été agrégées, ou associées, à d'autres réclamations qui, à l'origine, étaient de nature intergouvernementale;

considerations unrelated to debts. In result, except as an agreement might provide otherwise, international claims settlements generally wipe out the underlying private debt, terminating any recourse under domestic law as well . . .

Often there was no assurance that the lump sum settlement was the best 'deal' that citizens were not sacrificed to some other national interest; often, surely, one could not be certain that the private party recovered the full 'value' of his (her) claim." (*Foreign Affairs and the US Constitution*, 2nd ed., 1996, p. 300.)

The United States Court of Appeals for the District of Columbia recently quoted the first part of that passage and, in terms of "larger political considerations", recalled a position stated in 1952 by the United States in relation to the Peace Treaty with Japan of 1951:

"Obviously insistence upon payment of reparations in any proportion commensurate with the claims of the injured countries and their nationals would wreck Japan's economy, dissipate any credit that it may possess at present, destroy the initiative of its people, and create misery and chaos in which the seeds of discontent and communism would flourish." (*Joo* v. *Japan* (2005) 413 F. 3d 45, 52.)

That very long-established practice, recognizing harsh post-war realities and the need for former enemy States to establish new relationships, strongly supports the conclusion that a former belligerent State may not be subject, without its consent, to the jurisdiction of a foreign court in cases such as those which are the subject of the present proceedings.

20. To conclude, I emphasize again that the Judgment in the present case does not in any way deny the responsibility of Germany for the dreadful violations of international law it committed against Italian citizens between 1943 and 1945. Germany has indeed, in the words of its Agent before the Court, "accepted full responsibility [for] the terrible war time events". But that responsibility, along with the related obligations, is not before the Court. What is before the Court is only Germany's claim to immunity from the jurisdiction of Italian courts over the proceedings based on those events brought against it by individual Italian citizens.

(*Signed*) Kenneth KEITH.

dans ce cadre, des concessions peuvent être faites en ce qui concerne une catégorie de réclamations en échange de concessions concernant une autre catégorie, ou en raison de considérations politiques plus générales sans lien avec une quelconque créance. En conséquence, à moins qu'ils n'en disposent autrement, les accords de règlement internationaux effacent généralement la créance privée sous-jacente, mettant ainsi fin à toute possibilité de recours en vertu du droit national...

Le plus souvent, rien ne garantissait que le règlement global était la meilleure «affaire», que les citoyens n'étaient pas sacrifiés à d'autres intérêts nationaux ni, c'est certain, que le particulier était totalement indemnisé.» (*Foreign Affairs and the US Constitution*, 2e éd. (1996), p. 300.)

La Cour d'appel des Etats-Unis d'Amérique pour le district de Columbia a récemment cité la première partie de ce passage et, s'agissant des «considérations politiques plus générales», rappelé ce qu'avaient indiqué les Etats-Unis d'Amérique en 1952 au sujet du traité de paix conclu l'année précédente avec le Japon:

«De toute évidence, le fait d'insister pour que soient versées des réparations proportionnelles aux revendications formées par les pays victimes et leurs nationaux anéantirait l'économie du Japon, supprimerait tout crédit dont ce pays peut encore bénéficier aujourd'hui, annihilerait toute initiative de son peuple et engendrerait la misère et le chaos, terreau sur lequel le mécontentement et le communisme risqueraient alors de se développer.» (*Joo c. Japan* (2005), 413 F. 3d 45, p. 52.)

Cette pratique établie de fort longue date, qui reconnaît les dures réalités d'après guerre ainsi que la nécessité, pour les anciens Etats ennemis, d'établir de nouvelles relations, étaye fermement la conclusion selon laquelle un ancien Etat belligérant ne saurait, sans son consentement, être soumis à la compétence d'un tribunal étranger dans des affaires telles que celles qui faisaient l'objet de la présente instance.

20. Pour conclure, je soulignerai de nouveau que le présent arrêt ne nie nullement la responsabilité de l'Allemagne pour les atroces violations du droit international qu'elle a commises à l'encontre de citoyens italiens entre 1943 et 1945. D'ailleurs, pour reprendre les termes employés par son agent devant la Cour, l'Allemagne «a reconnu sa pleine responsabilité à l'égard des terribles événements qui se sont déroulés pendant la seconde guerre mondiale». Ce n'est cependant pas cette responsabilité, ni les obligations qui en découlent, dont la Cour a eu à connaître. Ce dont la Cour a eu à connaître, c'est uniquement la prétention de l'Allemagne à l'immunité de juridiction devant les tribunaux italiens à l'égard des actions fondées sur lesdits événements qui ont été engagées contre elle par des citoyens italiens.

(*Signé*) Kenneth KEITH.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BENNOUNA

Evolution de la règle coutumière de l'immunité — Mutation du concept de souveraineté — Lien entre le droit de la responsabilité internationale et le droit de l'immunité de juridiction — Droit d'accès à la justice — Circonstances exceptionnelles permettant la levée de l'immunité — Unité du droit international — Conception mécaniste de l'œuvre judiciaire.

1. Tout en me ralliant au dispositif de l'arrêt de la Cour qui a conclu à la violation par l'Italie, dans le différend qui l'oppose à l'Allemagne, de l'immunité de juridiction de celle-ci (arrêt, par. 139, point 1)), je ne peux cependant faire mienne l'approche adoptée par la Cour ni accepter la logique de son raisonnement.

2. On sait que la portée du principe de l'immunité de juridiction des Etats a divisé et continue de diviser les Etats, même si l'on assiste à une tendance au rapprochement, dans le contexte de la mondialisation.

3. En effet, partant d'une conception absolue de la souveraineté, les Etats en avaient déduit une conception tout aussi absolue de l'immunité, consistant en ce que l'un d'entre eux puisse se soustraire en toutes circonstances à la compétence des tribunaux de l'autre.

4. Mais la mutation sensible du concept de souveraineté, sous l'effet de la diversification des acteurs internationaux et des avancées du droit international, a conduit de nombreux Etats à adapter et à relativiser leurs positions en ce qui concerne l'immunité de juridiction, en la limitant essentiellement aux actes de souveraineté *(jure imperii)* par opposition aux actes d'ordre privé et commercial *(jure gestionis)*. Cependant, la ligne de séparation entre ces deux catégories d'actes n'est pas toujours facile à tracer. Quant aux législations nationales, peu nombreuses, elles sont loin d'être homogènes, comme le rappelle d'ailleurs la Cour (*ibid.*, par. 71), et il en est de même de la jurisprudence des tribunaux des différents Etats, ce qui fait que le droit de l'immunité juridictionnelle donne l'impression d'un pavillon qui recouvre toutes sortes de marchandises.

5. De fait, des législations sont adoptées par les Etats autorisant leurs tribunaux à connaître de certaines activités des Etats étrangers, sans s'appuyer pour cela sur le droit international en matière d'immunités. C'est ainsi qu'en 1996 les Etats-Unis ont amendé leur propre législation pour que leurs tribunaux puissent connaître de recours en responsabilité civile contre des Etats étrangers que le Gouvernement américain viendrait à désigner «soutien[s] du terrorisme» (Etats-Unis d'Amérique: Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers), 28 *USC*, art. 1605A). En conséquence, la doctrine s'est interrogée sur la limite du pouvoir des Etats de légiférer en la matière, en relation avec la règle coutumière de l'immunité.

SEPARATE OPINION OF JUDGE BENNOUNA

Evolution of the customary rule of immunity — Change in the concept of sovereignty — Link between the law of international responsibility and jurisdictional immunity — Right to have access to justice — Exceptional circumstances allowing the lifting of immunity — Unity of international law — Mechanical conception of the judicial task.

1. Although I agree with the operative part of the Court's Judgment, which finds that, in the context of its dispute with Germany, Italy violated the latter's jurisdictional immunity (Judgment, para. 139 (1)), I cannot, however, endorse the approach adopted by the Court, or support the logic of its reasoning.

2. As we know, the scope of the principle of State jurisdictional immunity has divided, and continues to divide, opinions among States, despite an emerging trend towards rapprochement, in the context of globalization.

3. Thus, starting from an absolute concept of sovereignty, States had inferred an equally absolute concept of immunity, which allowed one State to claim immunity from the jurisdiction of another's courts under all circumstances.

4. However, a noticeable change in the concept of sovereignty, brought about by the diversification of international actors and by advances in international law, led a number of States to adapt and relativize their positions on jurisdictional immunity, essentially restricting it to acts of sovereignty *(jure imperii)*, as opposed to private and commercial acts *(jure gestionis)*. Nevertheless, the line between these two categories is not always easy to draw. Regarding the domestic laws, they are few in number and far from being consistent, as the Court points out (*ibid.*, para. 71); the same can be said of the case law of the various States, which means that the law of jurisdictional immunity still gives the impression of being a flag which covers all kinds of goods.

5. In practice, States have enacted legislation authorizing their courts to rule on certain activities by foreign States without necessarily basing themselves on international law governing immunity. Thus in 1996, the United States amended its legislation to enable its courts to entertain civil liability claims against foreign States designated by the United States Government as "sponsor[s] of terrorism" (United States of America, Foreign Sovereign Immunities Act 1976, 28 *USC*, Sec. 1605A). As a result, scholars have raised the question of the limits on the power of States to legislate in this area, in light of the customary rule of immunity.

6. Cette situation est encore plus complexe si l'on considère l'introduction, d'abord dans la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (art. 11), puis dans la convention des Nations Unies de 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (art. 12), de l'exception dite territoriale ou délictuelle («tort exception»), sans distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Cette exception devrait s'appliquer, en effet, aux atteintes aux personnes et aux biens, sur le territoire de l'Etat du for, sans prendre en compte la finalité ou l'objet de l'activité en question.

7. Par ailleurs, la responsabilité de l'Etat est désormais indissociable de l'exercice par celui-ci de son pouvoir souverain. Il est responsable tout d'abord à l'égard de sa propre population, qu'il a le devoir de protéger, mais aussi du fait d'actes qui lui sont attribuables commis en dehors de son territoire et portant préjudice à la population d'un autre pays.

8. Ce caractère indissociable de la responsabilité et de l'exercice de la souveraineté fait que c'est en assumant, s'il y a lieu, la première que l'Etat peut justifier sa revendication de l'immunité devant les tribunaux étrangers au titre du principe de l'égalité souveraine. Autrement dit, l'octroi par ceux-ci de l'immunité ne peut, en aucun cas, signifier une exonération de la responsabilité de l'Etat concerné, elle ne peut que différer l'appréciation de celle-ci devant d'autres instances diplomatiques ou judiciaires. L'égalité souveraine n'a de sens que si elle s'accompagne d'une égalité dans le respect de la légalité internationale.

9. Il convient de souligner que, lorsqu'elle se pose dans le cas de crimes internationaux, comme dans le présent litige, la question de l'immunité de juridiction soulève des problèmes éthiques et juridiques essentiels pour la communauté internationale dans son ensemble, problèmes qu'on ne peut écarter en se cantonnant dans la qualification de l'immunité comme une simple question de procédure.

10. L'Allemagne reconnait d'ailleurs, comme le relève la Cour, «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens», lesquels constituent des actes illicites qui engagent sa responsabilité (arrêt, par. 52). Mais la Cour se contente de considérer comme «surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation à un groupe de victimes au motif que celles-ci auraient eu droit à un statut que, à l'époque pertinente, elle a refusé de leur reconnaître» (*ibid.*, par. 99).

11. A mon avis, la Cour ne pouvait en rester là, que ce soit au niveau des principes ou des conséquences qu'il convient d'en tirer dans le cas considéré. Au niveau des principes, tout d'abord, la Cour avait déjà clairement affirmé que «l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte» (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 244, par. 196).

6. The situation is further complicated by the introduction, first in the 1972 European Convention on State Immunity (Art. 11) and then in the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Art. 12), of the so-called "tort exception", which makes no distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. Thus, that exception is intended to cover injuries to persons and property in the territory of the forum State irrespective of the aim or purpose of the activity in question.

7. Furthermore, the responsibility of the State is now indissociable from the exercise of its sovereign power. The State is responsible, first, for its own population, which it has a duty to protect, but it is also responsible for acts attributable to it, committed outside its territory and injuring the population of another country.

8. The fact that responsibility is thus indissociable from the exercise of sovereignty means that, when assuming responsibility, a State can justify its claim to immunity before foreign courts on the basis of the principle of sovereign equality. In other words, the granting of immunity by those courts can in no sense mean that the State concerned is exonerated from responsibility; it merely defers consideration of that responsibility to other diplomatic or judicial bodies. Sovereign equality is only meaningful if it is accompanied by equality in terms of respect for international legality.

9. It should be emphasized that, when it arises in connection with international crimes, as in the present dispute, the question of jurisdictional immunity raises fundamental ethical and juridical problems for the international community as a whole, which cannot be evaded simply by characterizing immunity as a simple matter of procedure.

10. Furthermore, as the Court notes, Germany acknowledges the "untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres, and on former Italian military internees", and that these were unlawful acts, engaging its responsibility (Judgment, para. 52). However, the Court is content to take the view that it is "a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize" (*ibid.*, para. 99).

11. In my view, the Court could not simply leave the matter there, whether in terms of principles or of the consequences to be drawn in this case. With respect to the principles, firstly, the Court had already clearly stated that "the State notifying a foreign court that judicial process should not proceed, for reasons of immunity, against its State organs, is assuming responsibility for any internationally wrongful act in issue committed by such organs" (*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti* v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 244, para. 196). In this case, Germany invokes its immunity as a State on account of crim-

En l'occurrence, l'Allemagne revendique l'immunité en tant qu'Etat pour des actes criminels commis par ses organes et qui lui sont attribuables; elle doit en assumer la responsabilité.

12. La résolution de l'Institut de droit international, adoptée à la session de Naples en 2009, sur «l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux», contient précisément un article II, intitulé «Principes», qui replace les immunités dans leur contexte (paragraphe premier), consistant non à contourner les règles du droit international, mais à permettre aux tribunaux de prendre en compte l'égalité souveraine des Etats dans l'exercice de leurs propres compétences respectives:

> «1. Les immunités sont accordées en vue d'assurer conformément au droit international une répartition et un exercice ordonnés de la compétence juridictionnelle dans les litiges impliquant des Etats, de respecter l'égalité souveraine de ceux-ci et de permettre aux personnes qui agissent en leur nom de remplir effectivement leurs fonctions.» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, session de Naples (Italie), 2009.)

13. Il aurait donc été nécessaire pour la Cour de souligner, dans cette affaire, que l'Allemagne, qui reconnaît l'illicéité des actes commis contre le groupe de victimes en question, en particulier les anciens internés militaires, dont M. Luigi Ferrini, doit en assumer, en principe, la responsabilité, et que c'est à cette condition qu'elle devrait bénéficier de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for.

14. En outre, du point de vue des conséquences à tirer du principe de responsabilité, la Cour considère que

> «les demandes résultant du traitement des internés militaires italiens..., ainsi que d'autres réclamations de nationaux italiens qui resteraient à régler — qui ont été à l'origine des procédures italiennes — pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution» (arrêt, par. 104).

A mon avis, plus qu'une simple possibilité ouverte à l'Allemagne de négocier, il s'agit pour elle d'assumer sa responsabilité internationale, en concertation avec l'Italie, afin de compléter les mesures qu'elle a prises depuis la seconde guerre mondiale pour couvrir les catégories de victimes qui en ont été exclues.

15. Ainsi, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'Etat présumé auteur des faits illicites rejette toute mise en cause de sa responsabilité, sous quelque forme que ce soit, qu'il pourrait perdre le bénéfice de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for. Le droit des personnes concernées d'avoir accès à la justice de leur pays s'imposerait alors, faute pour l'Etat en cause de se soumettre aux principes fondamentaux du droit dont il se réclame lui-même par ailleurs.

inal acts carried out by its organs and attributable to it; and it must assume responsibility for these acts.

12. The resolution of the Institute of International Law, adopted at the 2009 Naples Session, concerning "the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes" contains an Article (Art. II), entitled "Principles" that puts immunities in their context (first paragraph), which is not to evade the rules of international law, but to enable the courts to take account of the sovereign equality of States in the exercise of their respective jurisdictions:

> "1. Immunities are conferred to ensure an orderly allocation and exercise of jurisdiction in accordance with international law in proceedings concerning States, to respect the sovereign equality of States and to permit the effective performance of the functions of persons who act on behalf of States." (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 73, Naples Session (Italy), 2009.)

13. In this case, therefore, the Court should have observed that Germany, which recognizes the unlawfulness of the acts committed against the group of victims in question, in particular the former Italian military internees, including Mr. Luigi Ferrini, is obliged in principle to assume its responsibility for those acts, and that it is subject to that condition that Germany should enjoy immunity before the courts of the forum State.

14. Moreover, with respect to the consequences deriving from the principle of responsibility, the Court considers that

> "the claims arising from the treatment of the Italian military internees . . ., together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled — and which formed the basis for the Italian proceedings — could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue" (Judgment, para. 104).

In my view, rather than regarding this simply as a possible subject of negotiation, Germany should assume its international responsibility and, in consultation with Italy, supplement the measures it has taken since the Second World War, so as to cover the categories of victims excluded therefrom.

15. Thus, it is only in exceptional circumstances — when a State presumed to be the author of unlawful acts rejects any engagement of its responsibility, in whatever form — that a State could lose the benefit of its immunity before the courts of the forum State. The right of the individuals concerned to have access to justice in their own country would then take precedence, where the State in question had refused to submit to the fundamental principles of law — on which, moreover, it was itself relying.

16. De telles circonstances exceptionnelles ne peuvent être ignorées, à mon avis, ni par le juge national ni par le juge international et, si c'était le cas, cela ouvrirait la voie à des abus qui sont susceptibles de saper les fondements mêmes de la légalité internationale.

17. La vigilance du juge devrait être toujours à l'affût pour faire prévaloir en dernier ressort le droit et la justice, ainsi que l'a rappelé Rosalyn Higgins:

> «Une exception [l'immunité souveraine] aux règles normales en matière de compétence ne doit être admise que lorsque le droit international l'exige, c'est-à-dire lorsqu'elle est conforme à la justice et à la protection équitable des parties. Elle ne doit pas être admise «de plein droit».» («Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity», *Netherlands International Law Review*, vol. 29, 1982, p. 271.)

18. On se serait attendu à ce que la Cour internationale de Justice suive cette approche, qui a permis, au cours des dernières décennies, de faire évoluer le régime juridique de l'immunité de juridiction, de manière à tenir la balance égale entre les souverainetés étatiques et les considérations de justice et d'équité qui opèrent au sein de celles-ci. Le concept westphalien de la souveraineté s'éloigne ainsi progressivement, au fur et à mesure que l'on situe la personne humaine au centre du système juridique international.

19. Cette évolution se reflète en partie dans les travaux de codification de la Commission du droit international sur le sujet et dans la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004, résolution 59/38); mais cela ne veut pas dire que cette évolution a été figée une fois pour toutes. C'est pour cela qu'il revient à la Cour, à l'occasion des cas dont elle est saisie, de revisiter les concepts et les normes qui sont débattus devant elle et d'indiquer, s'il y a lieu, les nouvelles tendances qui se dessinent dans leur interprétation et la détermination de leur portée.

20. La Cour reconnaît certes que l'octroi de l'immunité de juridiction à un Etat n'affecte pas sa responsabilité internationale (arrêt, par. 100), mais elle n'en tire aucune conséquence concrète. Ainsi, elle aurait pu ajouter qu'un Etat qui refuse *a priori* la mise en cause de sa responsabilité perd, par là même, le droit d'invoquer son immunité de juridiction.

21. Lorsque le droit à l'immunité est revendiqué, il s'accompagne d'un devoir, celui pour l'Etat de faire face à ses responsabilités internationales par les moyens appropriés. Et je conçois qu'en matière de conflit armé ces moyens passent par la négociation interétatique, mais encore faut-il que celle-ci puisse avoir lieu en prenant en compte l'ensemble des situations en cause.

22. Certaines circonstances particulières caractérisent la présente affaire: l'Allemagne admet sa responsabilité pour les actes illicites en cause devant les tribunaux italiens, actes qui se sont déroulés, en partie ou

16. In my view, such exceptional circumstances cannot be ignored, either by national or by international courts, and, were this to happen, it would open the door to abuses with the potential to undermine the very foundations of international legality.

17. Judges should always remain vigilant to ensure that ultimate precedence is given to law and justice, as Rosalyn Higgins has recalled:

> "An exception [sovereign immunity] to the normal rules of jurisdiction should only be granted when international law requires — that is to say, when it is consonant with justice and with the equitable protection of the parties. It is not to be granted 'as a right'." ("Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", *Netherlands International Law Review*, Vol. 29, 1982, p. 271.)

18. One would have expected the International Court of Justice to follow that approach, which in recent decades has enabled the legal régime governing jurisdictional immunity to evolve in a way which strikes an equal balance between State sovereignties and the considerations of justice and equity operating within such sovereignties. The Westphalian concept of sovereignty is thus gradually receding, as the individual takes centre stage in the international legal system.

19. That evolution is in part reflected in the International Law Commission's work to codify the subject, and in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (adopted by the United Nations General Assembly on 2 December 2004, resolution 59/38), but that is not to say that it is now frozen for evermore. That is why it falls to the Court, when considering the cases submitted to it, to revisit the concepts and norms debated before it and to indicate, if appropriate, any emerging new trends in their interpretation and in the determination of their scope.

20. While the Court does indeed recognize that the granting of jurisdictional immunity to a State does not affect its international responsibility (Judgment, para. 100), it fails to draw any concrete conclusions from that fact. Thus, it could have added that a State which flatly rejects any engagement of responsibility on its part loses, by that rejection, the right to claim immunity from jurisdiction.

21. Where immunity is claimed, it comes with an obligation: namely that the State must assume its international responsibilities by appropriate means. And I consider that, in respect of armed conflict, such means include inter-State negotiations, but on condition that such negotiations are conducted on terms capable of covering the entirety of the situation at issue.

22. This case is distinguished by certain specific features: Germany admits its responsibility for the unlawful acts at issue before the Italian courts; and those acts took place, partly or entirely, on Italian territory.

en totalité, sur le territoire italien; elle revendique cependant l'immunité de juridiction et engage une action contre l'Italie devant cette Cour pour violation des obligations de celle-ci en la matière; enfin, les personnes concernées ont engagé, en vain, différents recours.

23. Or, il ne suffit pas de constater que ces personnes n'ont pu obtenir aucune satisfaction ni devant les juridictions allemandes ni devant la Cour européenne des droits de l'homme pour en tirer des conséquences quant à l'absence d'une obligation de réparation de l'Allemagne à leur égard. Une telle obligation est la conséquence des actes illicites internationaux reconnus par l'Allemagne et devrait trouver un moyen de règlement dans le cadre interétatique. Il s'agit donc d'une question qui est toujours en suspens entre les deux pays.

24. Quant à l'exigence de circonstances exceptionnelles pour lever l'immunité, elle prive de toute portée l'argument consistant à considérer ce type de dérogation comme complètement irréaliste, dans la mesure où il reviendrait à ouvrir la boîte de Pandore des recours individuels, en réparation, de la part de toutes les victimes des conflits armés.

25. A mon avis, si l'Allemagne en vient à fermer toutes les portes à ce règlement, ce que rien ne laisse présager, la question de la levée de son immunité devant les tribunaux étrangers pour les mêmes actes illicites pourrait se poser, de nouveau, légitimement. En effet, lorsque cette Cour a conclu à la violation par l'Italie de son obligation de respecter l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne, elle n'a entendu d'aucune manière faire obstacle à la mise en œuvre d'une autre norme fondamentale du droit international relative à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

26. Ainsi, j'ai voté en faveur du dispositif de l'arrêt, en considération de la nature de cette affaire qui date de la seconde guerre mondiale, des efforts consentis par l'Allemagne depuis la fin de ce conflit et de sa volonté d'assumer ses propres responsabilités à cet égard, qui font que les circonstances exceptionnelles que j'ai évoquées et qui permettent de lever l'immunité ne me semblent pas réunies.

27. La Cour ne peut rejeter l'argument dit du «dernier recours», comme elle le fait au paragraphe 103 de l'arrêt, en s'abritant derrière l'absence de pratique ou de jurisprudence étatiques le justifiant. En effet, la Cour, dont la fonction est «de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis» (article 38 du Statut), doit appliquer et interpréter la norme en cause dans son contexte juridique, à savoir en tenant compte des autres règles de droit qui lient les Parties. Dès lors, on ne voit pas comment on peut appliquer et interpréter le droit de l'immunité de l'Etat sans prendre en compte l'impact du droit de la responsabilité internationale. Surtout si, devant les tribunaux internes, il est apparu, *in limine litis*, que l'Etat auteur de l'acte illicite a fermé toutes les portes à la réparation.

28. C'est en prenant en compte l'ensemble de ces composantes, dans leur complémentarité, que la Cour peut contribuer à la garantie de l'unité du droit international au service de la justice internationale. Cette

Germany, however, claims jurisdictional immunity and has instituted proceedings against Italy before this Court on account of the latter's violations of its obligations in that regard. Finally, the individuals concerned have filed various claims, which have failed.

23. However, it is not sufficient to find that those persons have not been able to obtain satisfaction before either the German courts or before the European Court of Human Rights, and then to conclude that Germany has no obligation of reparation towards them. Such an obligation is the consequence of the internationally wrongful acts admitted by Germany and must be capable of being settled in an inter-State context. It is thus an issue which remains outstanding between the two countries.

24. The requirement of exceptional circumstances in order for immunity to be lifted disposes of the argument that to allow any derogation of this kind is completely unrealistic, because it would open a Pandora's box of individual claims for reparation by all victims of armed conflicts.

25. To my mind, if Germany were to close all doors to such settlement — and there is nothing to suggest that it will — then the question of lifting its immunity before foreign courts in respect of those same wrongful acts could legitimately be raised again. Thus, in finding that Italy has violated its obligation to respect Germany's jurisdictional immunity, the Court did not intend in any way to obstruct the implementation of another fundamental norm of international law, namely the responsibility of States for internationally wrongful acts.

26. Thus, I voted in favour of the operative clause of the Judgment, on the basis of the nature of this case, which dates back to the Second World War, the efforts made by Germany since the end of that conflict, and its willingness to assume its responsibility in that regard, which mean that the exceptional circumstances to which I referred, and which allow for immunity to be lifted, would not appear to me to be present.

27. The Court cannot reject the so-called "last resort" argument, as it does in paragraph 103 of the Judgment, on the pretext of the absence of any supporting State practice or jurisprudence. In fact, the Court, whose function is "to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it" (Article 38 of the Statute), must apply and interpret the norm at issue within its legal context, that is to say, taking account of the other rules of law which bind the Parties. Consequently, it is difficult to see how the law of State immunity can be applied and interpreted without taking account of the impact of the law governing State responsibility. Especially if, before the domestic courts, it appeared, *in limine litis*, that the State responsible for the wrongful act has closed all doors to reparation.

28. It is by taking account of all those elements, and their mutually complementary nature, that the Court can help to ensure the unity of international law in the service of international justice. That primordial

éminente fonction ne peut se satisfaire d'une approche formaliste étroite, consistant à analyser l'immunité en elle-même, *stricto sensu*, sans souci des victimes des crimes internationaux qui demandent que justice leur soit rendue. On peut considérer, pour reprendre l'expression de Vaughan Lowe («The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?», dans M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 212-221), qu'une «interstitial norm» devrait permettre d'établir le lien entre le droit des immunités et le droit de la responsabilité internationale. Il s'agirait d'invoquer, pour cela, des principes généraux du droit, ainsi que l'a fait la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* lorsqu'elle s'est référée aux «considérations élémentaires d'humanité» en tant que lien entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

29. La Cour s'est fondée sur une conception mécaniste de l'œuvre judiciaire consistant, pour le juge national, à se prononcer à titre liminaire sur l'immunité, sans prendre en compte les «circonstances particulières de chaque affaire» (arrêt, par. 106). Or, il s'agit là d'une vue de l'esprit car, dans la pratique, il arrive souvent que, pour se prononcer sur la question de l'immunité et sur les exceptions invoquées par le demandeur pour la levée de celle-ci, le juge soit amené à examiner le fond de l'affaire. C'est ainsi, par exemple, que, lorsque cette Cour considère qu'une exception d'incompétence n'a pas «un caractère exclusivement préliminaire», elle décide de ne la trancher qu'une fois qu'elle a analysé les données au fond de l'affaire dont elle est saisie.

30. Il ne faut pas perdre de vue, enfin, que l'Italie a toujours la possibilité de prendre fait et cause pour ses ressortissants, en exerçant la protection diplomatique en leur faveur; cette institution représentant le dernier rempart ou l'*ultima ratio* pour la sauvegarde des droits de l'homme internationalement garantis, ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (*(République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 599, par. 39).

31. Je regrette, finalement, que le raisonnement de la Cour n'a pas été bâti à partir des caractéristiques du droit international contemporain où l'immunité, en tant qu'élément d'un mecanisme de répartition des compétences, ne pourrait se justifier lorsqu'elle aboutirait à faire obstacle aux exigences de la justice due aux victimes. C'est pour cela que l'immunité n'est pas un droit subjectif, au sens strict, à la disposition de l'Etat, mais une possibilité pour celui-ci de ne pas être jugé par les tribunaux étrangers, en fonction des circonstances propres à l'espèce considérée.

32. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux internes pour interpréter et appliquer le droit relatif à l'immunité demeure entier, contrairement à ce que laisse entendre la Cour dans son arrêt (arrêt, par. 106). Si cette appréciation est faite à titre liminaire, elle n'empêche pas les tribunaux nationaux d'analyser l'ensemble des données de l'affaire dont ils sont sai-

function cannot be confined within a narrow, formalistic approach, which considers immunity alone, *stricto sensu*, without concern for the victims of international crimes seeking justice. It could be considered that an "interstitial norm", as expressed by Vaughan Lowe ("The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing? ", in M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 212-221), would enable the establishment of a link between the law of immunities and the law of State responsibility. This could be done by invoking general principles of law, as the Court did in the *Corfu Channel* case, where it referred to "elementary considerations of humanity" as a link between human rights and international humanitarian law (*Corfu Channel (United Kingdom* v. *Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

29. The Court has relied on a "mechanical" conception of the judicial task, according to which the national court rules on immunity as a preliminary issue, without considering "the specific circumstances of each case" (Judgment, para. 106). However, that is an illusion, for, in practice, it often happens that, in order to rule on the issue of immunity, and on the arguments for lifting immunity put forward by the claimant, the court has to examine the merits of the case. Thus, for example, when this Court determines that an objection to jurisdiction does not possess "an exclusively preliminary character", it decides to rule on it only when it has examined the merits of the case of which it is seised.

30. We should, moreover, not lose sight of the fact that Italy may still espouse the cause of its nationals by exercising diplomatic protection on their behalf; this institution represents the last resort or *ultima ratio* for the protection of internationally guaranteed human rights, as the Court recognized in the case concerning *Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 599, para. 39).

31. Lastly, I regret that the Court's reasoning was not founded on the characteristics of contemporary international law, where immunity, as one element of a mechanism for the allocation of jurisdiction, could not be justified if it would ultimately pose an obstacle to the requirements of the justice owed to victims. Thus immunity is not a subjective right, in the strict sense, at the disposition of the State, but a possibility given to the latter not to be tried by foreign courts, according to whether the particular circumstances of the case so permit.

32. The power of national courts to interpret and apply the law relating to immunities remains complete, contrary to what is suggested by the Court in its Judgment (Judgment, para. 106). Where that power is exercised *in limine litis*, that does not preclude a national court from examining all the facts of the case before it, when that is necessary in order to

sis, lorsque cela s'avère nécessaire pour apprécier si les circonstances de celle-ci autorisent ou non l'octroi à l'Etat de l'immunité.

33. Reste bien sûr à se demander si une politique étatique systématique fondée sur la commission de crimes internationaux, comme le génocide ou le crime contre l'humanité, pourrait être couverte par l'immunité dans le cadre des actes de souveraineté *(jure imperii)*. Cette question en amène une autre, à savoir quelle autorité serait à même de distinguer entre ce qui relève des fonctions étatiques habituelles et celles qui doivent être qualifiées de crimes internationaux, afin d'exclure les secondes du bénéfice de l'immunité. Par contre si, comme c'est le cas dans cette affaire, l'activité criminelle attribuable à l'Etat est bien établie et reconnue, nous retrouvons la nécessité, pour ce dernier, d'ouvrir à un moment ou à un autre les canaux appropriés pour la réparation afin d'éviter d'être jugé, en fin de compte, par des tribunaux étrangers.

34. Cette affaire démontre, à l'évidence, à quel point le système immunitaire du corpus étatique et la prise en compte par celui-ci de ses propres manquements à la légalité internationale sont étroitement liés. La Cour, dans son analyse du droit international coutumier, se devait de relever cette tendance et de prévoir ses retombées sur le plan de l'élaboration du droit international. Ce n'est pas parce que les affaires portées devant les juridictions nationales et reflétant cette tendance sont limitées que celle-ci doit être ignorée par la Cour.

35. La prééminence bien affirmée de la justice et de la règle de droit au niveau international, qu'il s'agisse de justice pénale ou de justice civile, a également pour fonction de dissuader les dirigeants, agissant au nom de leur pays, de se livrer à la violation des normes de droit impératif relatives à la prévention et à la commission des crimes internationaux. Il faut éviter que cette fonction dissuasive ne soit altérée sous l'effet d'une approche passéiste de l'immunité de l'Etat et de ses représentants.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

determine whether or not the circumstances of the case permit the State to be accorded immunity.

33. The question remains, of course, whether a systematic State policy founded on the commission of international crimes, such as genocide or crimes against humanity, could be covered by immunity under the banner of sovereign acts *(jure imperii)*. That question gives rise to another, namely, what authority would be in a position to distinguish between normal State functions and functions which should be categorized as international crimes, so as to exclude them from the privilege of immunity. On the other hand, if, as in this case, the criminal activity attributable to the State is well established and admitted, that State is required at some point to open appropriate channels to reparation, in order to avoid ultimately being tried by foreign courts.

34. This case plainly demonstrates the extent to which the immune system of a State is closely linked to the admission by the latter of its own breaches of international law. It was incumbent on the Court, in its analysis of international customary law, to note this trend, and to anticipate its impact on the formation of international law. The fact that few cases before national jurisdictions reflect this trend does not mean that it should be ignored by the Court.

35. The well-established pre-eminence of justice, whether criminal or civil, and the rule of law at the international level, also serves to discourage leaders, acting in the name of their countries, from engaging in violations of peremptory norms of law relating to the prevention and commission of international crimes. Care should be taken to ensure that such dissuasive function is not impaired by a backward-looking approach to the immunity of the State and its representatives.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
I. *Prolegomena*	1-6
II. Preliminary Issue: The Inter-Temporal Dimension in the Consideration of State Immunity	7-17
III. State Immunities and War Reparation Claims: An Ineluctable Relationship in the Present Case	18-23
IV. Germany's Recognition of State Responsibility in the *Cas d'Espèce*	24-31
V. Fundamental Human Values: Rescuing some Forgotten Doctrinal Developments	32-40
VI. The Collegial Doctrinal Work of Learned Institutions of International Law	41-52
VII. The Threshold of the Gravity of the Breaches of Human Rights and of International Humanitarian Law	53-62
VIII. The Question of Waiver of Claims in respect of the Right of Access to Justice in the Pleadings before the Court: Assessment	63-68
IX. The Inadmissibility of Inter-State Waiver of the Rights of the Individuals, Victims of Grave Violations of International Law	69-72
X. Positions of the Contending Parties as to the Right of Access to Justice	73-79
XI. Clarifications from the Contending Parties and from Greece in Response to Questions from the Bench	80-96
1. Questions put to the contending Parties and to Greece	80
2. First round of answers	81-91
(a) Germany's and Italy's answers	82-89
(b) Greece's answer	90-91

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
I. Prolégomènes	1-6
II. Question préliminaire: la dimension intertemporelle dans l'examen de l'immunité de l'État	7-17
III. Les immunités de l'État et les demandes de réparations de guerre: une relation inéluctable dans la présente affaire	18-23
IV. Reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'État en l'espèce	24-31
V. Valeurs humaines fondamentales: des développements doctrinaux tirés de l'oubli	32-40
VI. L'œuvre doctrinale collégiale d'institutions savantes de droit international	41-52
VII. Le seuil de gravité des atteintes aux droits de l'homme et au droit international humanitaire	53-62
VIII. La question de la renonciation aux réclamations s'agissant du droit d'accès à la justice dans la procédure devant la Cour: évaluation	63-68
IX. Les États ne peuvent, dans le cadre de leurs relations, renoncer à des droits appartenant à des individus victimes de violations graves du droit international	69-72
X. Positions des Parties quant au droit d'accès à la justice	73-79
XI. Éclaircissements donnés par les Parties et la Grèce en réponse aux questions posées par la Cour	80-96
1. Questions posées aux Parties et à la Grèce	80
2. Première série de réponses	81-91
a) Réponses de l'Allemagne et de l'Italie	82-89
b) La réponse de la Grèce	90-91

3. Second round of answers 92-96
(a) Germany's comments 93
(b) Italy's comments 94-96

XII. THE PROHIBITION OF FORCED LABOUR AT THE TIME OF THE SECOND WORLD WAR 97-120

1. Normative prohibition 97-101
2. Judicial recognition of the prohibition 102-113
3. The prohibition in works of codification 114-116
4. International crimes and the prohibitions of *jus cogens* 117-120

XIII. ORAL PLEADINGS OF THE PARTIES, AND THE INTERVENING STATE, ON *JUS COGENS* AND REMOVAL OF IMMUNITY: ASSESSMENT 121-129

XIV. STATE IMMUNITY *V.* THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE 130-155

1. The prevailing tension in the case law of the European Court of Human Rights 130-142
(a) The *Al-Adsani* case (2001) 130-134
(b) The *McElhinney* case (2001) 135-138
(c) The *Fogarty* case (2001) 139-140
(d) The *Kalogeropoulou and Others* case (2002) 141-142

2. The prevailing tension in the case law of national courts 143-148

3. The aforementioned tension in the age of the rule of law at national and international levels 149-155

XV. THE CONTENTIONS OF THE PARTIES AS TO ACTS *JURE IMPERII* AND ACTS *JURE GESTIONIS* 156-160

XVI. THE HUMAN PERSON AND STATE IMMUNITIES: THE SHORT-SIGHTEDNESS OF THE STRICT INTER-STATE OUTLOOK 161-171

XVII. THE STATE-CENTRIC DISTORTED OUTLOOK IN FACE OF THE IMPERATIVE OF JUSTICE 172-176

XVIII. THE HUMAN PERSON AND STATE IMMUNITIES: THE OVERCOMING OF THE STRICT INTER-STATE OUTLOOK 177-183

XIX. NO STATE IMMUNITIES FOR *DELICTA IMPERII* 184-198

1. Massacres of civilians in situations of defencelessness 185-191
(a) The massacre of Distomo 185-188
(b) The massacre of Civitella 189-191

2. Deportation and subjection to forced labour in war industry 192-198

3. Deuxième série de réponses 92-96
a) Observations de l'Allemagne 93
b) Observations de l'Italie 94-96

XII. L'INTERDICTION DU TRAVAIL FORCÉ À L'ÉPOQUE DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE 97-120

1. L'interdiction normative 97-101
2. Reconnaissance judiciaire de l'interdiction 102-113
3. L'interdiction dans les travaux de codification 114-116
4. Les crimes internationaux et les interdictions du *jus cogens* 117-120

XIII. PLAIDOIRIES DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT CONCERNANT LE *JUS COGENS* ET LE REFUS D'ACCORDER L'IMMUNITÉ: ÉVALUATION 121-129

XIV. L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT CONTRE LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE 130-155

1. La tension existant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 130-142
a) L'affaire *Al-Adsani* (2001) 130-134
b) L'affaire *McElhinney* (2001) 135-138
c) L'affaire *Fogarty* (2001) 139-140
d) L'affaire *Kalogeropoulou et autres* (2002) 141-142

2. La tension existant dans la jurisprudence des tribunaux internes 143-148
3. La tension susmentionnée à l'ère de l'état de droit aux niveaux national et international 149-155

XV. LES ARGUMENTS DES PARTIES EN CE QUI CONCERNE LES ACTES *JURE IMPERII* ET LES ACTES *JURE GESTIONIS* 156-160

XVI. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT: MYOPIE DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE 161-171

XVII. LA PERSPECTIVE INTERÉTATIQUE VICIÉE FACE À L'IMPÉRATIF DE JUSTICE 172-176

XVIII. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT: LE DÉPASSEMENT DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE 177-183

XIX. PAS D'IMMUNITÉS DE L'ÉTAT EN CAS DE *DELICTA IMPERII* 184-198

1. Massacres de civils sans défense 185-191
a) Le massacre de Distomo 185-188
b) Le massacre de Civitella 189-191

2. Déportation et travail forcé dans l'industrie de guerre 192-198

XX. THE PREVALENCE OF THE INDIVIDUAL'S RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: THE CONTENDING PARTIES' INVOCATION OF THE CASE *GOIBURÚ ET AL.* (IACtHR, 2006) 199-213

XXI. THE INDIVIDUAL'S RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: THE EVOLVING CASE LAW TOWARDS *JUS COGENS* 214-220

XXII. OUT OF LAWLESSNESS: THE INDIVIDUAL VICTIM'S RIGHT TO THE LAW *(DROIT AU DROIT)* 221-226

XXIII. TOWARDS THE PRIMACY OF THE NEVER-VANISHING *RECTA RATIO* 227-239

XXIV. THE INDIVIDUALS' RIGHT TO REPARATION AS VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 240-281

1. The State's duty to provide reparation to individual victims 240-257
2. The categories of victims in the *cas d'espèce* 258-260
3. The legal framework of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation (2000) 261-267
4. Assessment of the submissions of the contending Parties 268-281

XXV. THE IMPERATIVE OF PROVIDING REPARATION TO INDIVIDUAL VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 282-287

1. The realization of justice as a form of reparation 282-284
2. Reparation as the reaction of law to grave violations 285-287

XXVI. THE PRIMACY OF *JUS COGENS*: A REBUTTAL OF ITS DECONSTRUCTION 288-299

XXVII. A RECAPITULATION: CONCLUDING OBSERVATIONS 300-316

*

I. *PROLEGOMENA*

1. I regret not to be able to accompany the Court's majority in the decision which the Court has just adopted today, 3 February 2012, in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)*. My dissenting position pertains to the decision as a whole, encompassing the adopted methodology, the approach pursued, the whole reasoning in its treatment of issues of substance, as well as the conclusions of the Judgment. This being so, I care to leave on the records the foundations of my dissenting position, given the considerable

XX. LA PRÉVALENCE DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU : L'INVOCATION PAR LES PARTIES DE L'AFFAIRE *GOIBURÚ ET AUTRES* (CIADH, 2006) 199-213

XXI. LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU : ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA LOI DU *JUS COGENS* 214-220

XXII. SORTIR DU NON-DROIT : LE DROIT AU DROIT DE LA VICTIME INDIVIDUELLE 221-226

XXIII. VERS LA PRIMAUTÉ DE LA *RECTA RATIO*, QUI NE DISPARAÎT JAMAIS 227-239

XXIV. LE DROIT DES INDIVIDUS À RÉPARATION EN TANT QUE VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE 240-281

1. Obligation de l'Etat d'accorder une réparation aux victimes individuelles 240-257
2. Les catégories de victimes en l'espèce 258-260
3. Le cadre juridique de la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » (2000) 261-267
4. Evaluation des conclusions des Parties 268-281

XXV. L'IMPÉRATIF D'ACCORDER RÉPARATION AUX VICTIMES INDIVIDUELLES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE 282-287

1. La réalisation de la justice en tant que forme de réparation 282-284
2. La réparation en tant que réaction du droit aux violations graves 285-287

XXVI. LA PRIMAUTÉ DU *JUS COGENS* : UNE RÉFUTATION DE SA DÉCONSTRUCTION 288-299

XXVII. UNE RÉCAPITULATION : CONCLUSIONS 300-316

*

I. PROLÉGOMÈNES

1. Je regrette de ne pouvoir me joindre à la majorité dans la décision que la Cour vient d'adopter aujourd'hui, le 3 février 2012, dans l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. Ma position dissidente concerne l'ensemble de la décision, y compris la méthode adoptée, la démarche suivie, l'ensemble du raisonnement quant aux questions de fond ainsi que les conclusions de l'arrêt. Cela étant, je souhaite consigner les fondements de ma position dissidente, étant donné l'importance que j'attache aux questions soulevées

importance that I attach to the issues raised by Germany and Italy, as well as by Greece, in the course of the proceedings in the *cas d'espèce*, and bearing in mind the settlement of the dispute at issue ineluctably linked to the imperative of the *realization of justice*, as I perceive it.

2. I thus present with the utmost care the foundations of my entirely dissenting position on the whole matter dealt with by the Court in the Judgment which it has just adopted, out of respect for, and zeal in, the exercise of the international judicial function, guided above all by the ultimate goal precisely of the *realization of justice*. To this effect, I shall dwell upon all the aspects concerning the dispute brought before the Court which forms the object of its present Judgment, in the hope of thus contributing to the clarification of the issues raised and to the progressive development of international law, in particular in the international adjudication by this Court of cases of the kind on the basis of fundamental considerations of humanity, whenever grave breaches of human rights and of international humanitarian law lie at their factual origins, as in the *cas d'espèce*.

3. Preliminarily, I shall dwell upon the inter-temporal dimension in the consideration of State immunity, moving then onto my initial line of considerations, pertaining, first, to the ineluctable relationship (as I perceive it), in the present case, between State immunities and war reparation claims, and, secondly, to the recognition by Germany of State responsibility in the present case. I shall then seek to rescue some doctrinal developments, forgotten in our days, acknowledging fundamental human values, and to recall the pertinent collegial doctrinal work, on the subject-matter at issue, of learned institutions in international law. I shall, next, turn to the threshold of the gravity of the breaches of human rights and of international humanitarian law.

4. This will lead me into the consideration of the question of waiver of claims in respect of the right of access to justice in the pleadings before the Court, and into the position upholding the inadmissibility of inter-State waiver of the rights of the individuals, victims of grave violations of international law. I shall then review the arguments of the contending Parties as to the right of access to justice. Attention will then be drawn to the clarifications from the contending Parties, Ge many and Italy, and from the intervening State, Greece, in response to a series of questions I put to them in the oral hearings before the Court, on 16 September 2011.

5. I shall next consider the prohibition of forced labour at the time of the Second World War, and the prohibitions of *jus cogens* and the removal of immunity. This will lead me to review the tension, in international case law, between State immunity and the right of access to justice, as well as to assess the contentions of the Parties in the present case as to acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. My next line of considerations will focus on the human person and State immunities, singling out the shortsightedness of the strict inter-State outlook, particularly when facing the imperative of justice, and stressing the need to overcome that distorted inter-State outlook. This will lead me to sustain the position that there are no State

en l'espèce par l'Allemagne et l'Italie, ainsi que par la Grèce, et conscient que le règlement du différend en cause est inéluctablement lié à l'impératif de *réalisation de la justice* telle que je perçois celle-ci.

2. Je présente donc avec le plus grand soin les fondements de ma position totalement dissidente sur l'ensemble de la question dont traite la Cour dans l'arrêt qu'elle vient d'adopter, par respect pour l'exercice de la fonction judiciaire internationale et dans le souci de cet exercice, guidé par-dessus tout par l'objectif ultime consistant précisément à *réaliser la justice*. A cette fin, je me pencherai sur tous les aspects du différend qui fait l'objet du présent arrêt, dans l'espoir de contribuer à la clarification des questions soulevées et au développement progressif du droit international, notamment dans le cadre de l'administration par la Cour de la justice internationale dans les affaires de ce type sur la base de considérations fondamentales d'humanité, chaque fois que, comme en l'espèce, les origines factuelles de ces affaires seront des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

3. A titre préliminaire, j'analyserai la dimension intertemporelle de l'examen de l'immunité de l'Etat, pour passer ensuite à mon premier groupe de considérations touchant, premièrement, la relation inéluctable (à mon sens) qui existe en l'espèce entre les immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre et, deuxièmement, la reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'Etat dans la présente affaire. J'essaierai ensuite de réhabiliter certains développements doctrinaux aujourd'hui tombés dans l'oubli, consacrant des valeurs humaines fondamentales, et de rappeler le travail doctrinal collégial effectué sur le sujet par des institutions savantes de droit international. Je me pencherai ensuite sur le seuil de gravité des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

4. Cela m'amènera à examiner la question de la renonciation à des réclamations du point de vue du droit d'accès à la justice dans les écritures devant la Cour, et à faire valoir que les Etats ne peuvent, dans leurs relations, renoncer à des droits appartenant à des individus victimes de violations graves du droit international. Je passerai ensuite aux arguments des Parties quant au droit d'accès à la justice. J'appellerai alors l'attention sur les éclaircissements donnés par lesdites Parties, l'Allemagne et l'Italie, et par l'Etat intervenant, la Grèce, en réponse à une série de questions que je leur ai posées lors de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011.

5. J'examinerai ensuite l'interdiction du travail forcé à l'époque de la seconde guerre mondiale, et les interdictions relevant du *jus cogens* et le déni de l'immunité. Cela m'amènera à me pencher sur la tension existant, dans la jurisprudence internationale, entre l'immunité de l'Etat et le droit d'accès à la justice, ainsi qu'à évaluer les arguments des Parties quant aux actes *jure imperii* et *jure gestionis*. J'exposerai alors mes réflexions sur la personne humaine et les immunités de l'Etat, en insistant sur la myopie dont font preuve ceux qui adoptent une perspective strictement interétatique, surtout face à l'impératif de justice, et en soulignant la nécessité d'abandonner cette perspective tronquée. Cela m'amènera à défendre

immunities for *delicta imperii*, with the prevalence of the individual's right of access to justice, in the domain of *jus cogens*.

6. In sequence, I shall dwell upon the configuration of the individual victim's right to the law *(droit au Droit)*, bearing witness of the primacy of the never-vanishing *recta ratio*. My following line of reasoning will concentrate on the individuals' right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, and on the imperative of the State's duty to provide reparation to those victims. This will lead me to uphold the primacy of *jus cogens*, with a rebuttal of its deconstruction. The path will then be paved, last but not least, for the presentation of my concluding observations.

II. Preliminary Issue: The Inter-Temporal Dimension in the Consideration of State Immunity

7. The consideration of the issue of the application of State immunity calls for addressing an ineluctable preliminary question, namely, the inter-temporal dimension in that consideration. This raises the preliminary issue as to whether State immunity should be considered in the present case opposing Germany to Italy as it was understood at the time of the commission of acts for which immunity is claimed (in the 1940s), or as it stands when the Court was lately seized of the present dispute.

8. Germany claims, in this respect, that, at the time when German forces were present in Italy in 1943-1945, "the doctrine of absolute immunity was uncontested"[1], and that, even today, "[a]bsolute jurisdictional immunity in respect of sovereign acts of government is still the generally acknowledged customary rule"[2]. Germany further contends that a departure from this doctrine, or the creation of new exceptions to State immunity with retroactive effect, would be in contradiction with general principles of international law[3].

9. Italy, for its part, argues that the acts *sub judice* in the present case, the Italian judgments from 2004 onwards, that have asserted jurisdiction vis-à-vis Germany, have applied correctly the modern-day understanding of the principle of State immunity[4]. It further claims that immunity is a procedural rule, and as such it must be assessed on the basis of the law in force at the time that a Court is seized[5]; it adds that courts have generally applied the law in existence at the "moment of the judicial action and not of the original injurious facts"[6].

---

[1] Memorial of Germany, para. 91; and Reply of Germany, para. 37.
[2] *Compte rendu* (CR) 2011/17, para. 29.
[3] Memorial of Germany, para. 91; and Reply of Germany, para. 37.
[4] Counter-Memorial of Italy, paras. 1.14-1.16; CR 2011/18, pp. 23-24.
[5] Rejoinder of Italy, para. 4.2.
[6] Counter-Memorial of Italy, para. 4.47.

la position selon laquelle il n'y a pas d'immunités de l'Etat pour les *delicta imperii*, le droit d'accès à la justice de l'individu prévalant dans le domaine du *jus cogens*

6. Enfin, je me pencherai sur la configuration du droit de la victime individuelle au droit (le *droit au Droit*), attestant la primauté de la *recta ratio*, toujours d'actualité. Je passerai ensuite au droit à réparation des individus victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et à l'obligation impérative qui s'impose à l'Etat d'accorder réparation à ces victimes. Cela m'amènera à réaffirmer la primauté du *jus cogens*, en en réfutant la déconstruction. Il me sera alors possible, enfin et surtout, de présenter mes conclusions.

II. Question préliminaire : la dimension intertemporelle dans l'examen de l'immunité de l'État

7. L'examen de la question de l'immunité de l'Etat oblige à se pencher sur une question préliminaire, à savoir celle de la dimension intertemporelle de cet examen. Il s'agit de savoir si l'immunité de l'Etat doit être envisagée dans la présente espèce opposant l'Allemagne à l'Italie comme on l'entendait à l'époque (les années 1940) où les actes pour lesquels elle est invoquée ont été commis, ou telle qu'elle est alors que la Cour a été saisie du présent différend.

8. A cet égard, l'Allemagne fait valoir que, à l'époque où les forces allemandes se trouvaient en Italie, en 1943-1945, «la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée»[1] et que, même de nos jours, «[l']immunité juridictionnelle absolue pour les actes souverains d'un gouvernement demeure, aujourd'hui comme hier, la règle coutumière généralement reconnue»[2]. L'Allemagne fait en outre valoir que s'écarter de cette doctrine, ou créer de nouvelles exceptions à l'immunité de l'Etat avec effet rétroactif, serait contraire aux principes généraux du droit international[3].

9. L'Italie argue quant à elle que les actes en cause dans la présente affaire, à savoir les décisions des juges italiens qui, depuis 2004, retiennent la compétence des juridictions italiennes à l'égard de l'Etat allemand, ont appliqué correctement le principe de l'immunité de l'Etat tel qu'il est interprété aujourd'hui[4]. Elle fait en outre valoir que l'immunité est une règle procédurale, qu'elle doit donc être appréciée au regard du droit en vigueur au moment où la juridiction est saisie[5] ; elle ajoute que les juridictions ont généralement appliqué le droit en vigueur «au moment de l'action en justice, et non pas à l'époque des fait dommageables d'origine»[6].

[1] Mémoire de l'Allemagne, par. 91 ; réplique de l'Allemagne, par. 37.
[2] Compte rendu (CR) 2011/17, par. 29.
[3] Mémoire de l'Allemagne, par. 91 ; réplique de l'Allemagne, par. 37.
[4] Contre-mémoire de l'Italie, par. 1.14-1.16 ; CR 2011/18, p. 23-24.
[5] Duplique de l'Italie, par. 4.2.
[6] Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.47.

10. Inter-temporal considerations for the application or otherwise of State immunity call into question two issues, namely: first, whether State immunity has changed, or evolved, in the past decades; and secondly, whether State immunity should be applied in the present case as it is understood today, the time when the Court is seized of the dispute. As to the first question, the law of State immunity has clearly developed and evolved; it has not remained static. Developments in the domains of international human rights law, of contemporary international criminal law, and of international humanitarian law, cannot be said to have had no influence on the evolving law of State immunity.

11. As to the second question, there is a case for focusing on State immunity as it stands when the Court is seized of the dispute. After all, it would not make sense to consider the matter at issue as it was understood at the time of the Second World War, in relation to Italian courts' judgments rendered from 2004 onwards, setting aside State immunity and awarding reparations to the individual victims. The formation and development of international law, as well as its interpretation and application, can hardly be dissociated from the inter-temporal dimension. The "inter-temporal law" issue came to the fore in the arbitral award of 4 April 1928, in the *Island of Palmas* case *(Netherlands* v. *United States)*, wherein arbitrator Max Huber pondered that:

> "As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, *demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law.*"[7]

12. In modern times it has been clearly reckoned that there are no "immutable" rules of international law, as erroneously assumed in times long past. The Institut de droit international covered the topic of "inter-temporal law", in its Sessions of Rome (1973) and Wiesbaden (1975). There was general acknowledgement as to the basic proposition that any given situation is to be appreciated in the light of legal rules contemporary to it[8], and evolving in time; awareness of the underlying tension was reflected in the cautious resolution adopted by the Institut in Wiesbaden in 1975[9].

---

[7] *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II: *Island of Palmas* case *(Netherlands* v. *United States)*, 4 April 1928, p. 845 (emphasis added), and cf. pp. 829-871.

[8] Cf. 55 *Annuaire de l'Institut de droit international (AIDI)* (1973), pp. 33, 27, 37, 48, 50 and 86; 56 *AIDI* (1975), p. 536 (para. 1 of the resolution of the Institut). And cf. M. Sorensen, "Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international — Rapport provisoire", 55 *AIDI* (1973), pp. 35-36.

[9] Cf. 56 *AIDI* (1975), pp. 536-541 (cf., particularly, the second *considerandum* of the preambular part of the resolution).

10. La détermination du moment à prendre en considération pour savoir s'il faut ou non retenir l'immunité de l'Etat soulève deux questions: celles de savoir, premièrement, si cette immunité a changé ou évolué durant les dernières décennies et, deuxièmement, si elle doit être en l'espèce appliquée telle qu'elle est interprétée aujourd'hui, au moment où la Cour est saisie du différend. S'agissant de la première question, il est clair que le droit de l'immunité de l'Etat s'est développé et a évolué; il n'est pas resté statique. On ne peut dire que l'évolution survenue dans les domaines du droit international des droits de l'homme, du droit pénal international contemporain et du droit international contemporain n'a eu aucune influence sur le droit en évolution de l'immunité de l'Etat.

11. Quant à la seconde question, il y a de bonnes raisons d'envisager l'immunité telle qu'elle existe au moment où la Cour est saisie du différend. Après tout, s'agissant de jugements rendus par les tribunaux italiens depuis 2004 qui écartent l'immunité de l'Etat et accordent des réparations aux victimes, envisager la question comme on la comprenait durant la seconde guerre mondiale n'aurait aucun sens. La formation et le développement du droit international, de même que son interprétation et son application, ne peuvent guère être dissociés de sa dimension intertemporelle. La question du «droit intertemporel» est posée dans le cadre de la sentence arbitrale rendue le 1er avril 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas (Pays-Bas c. Etats-Unis)*, dans laquelle l'arbitre, Max Huber, déclarait ce qui suit:

> «En ce qui concerne la question de savoir lequel des différents systèmes juridiques en vigueur à des époques successives doit être appliqué dans un cas déterminé — question du droit dit intertemporel — il faut distinguer entre la création du droit en question et le maintien de ce droit. Le même principe, qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, *exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit.*»[7]

12. A l'époque moderne, on considère qu'il n'existe pas de règles de droit international «immuables», comme on le pensait erronément il y a longtemps. Lors des sessions qu'il a tenues à Rome en 1973 et à Wiesbaden en 1975, l'Institut de droit international a examiné le sujet du «droit intertemporel». Un accord général s'est fait jour sur l'idée fondamentale que toute situation doit être appréciée à la lumière des règles juridiques qui lui sont contemporaines[8], et qui évoluent avec le temps; la résolution prudente adoptée par l'Institut à Wiesbaden en 1975 montre qu'il était conscient de la tension sous-jacente[9].

---

[7] *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II: affaire de l'*Ile de Palmas (Pays-Bas c. Etats-Unis)*, 4 avril 1928, p. 845 (les italiques sont de moi); voir aussi p. 829-871.

[8] Voir *Annuaire de l'Institut de droit international (AIDI)*, vol. 55 (1973), p. 33, 27, 37, 48, 50 et 86; *AIDI*, vol. 56 (1975), p. 536 (par. 1 de la résolution de l'Institut). Et voir M. Sorensen, «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international — Rapport provisoire», *AIDI*, vol. 55 (1973), p. 35-36.

[9] Voir *AIDI*, vol. 56 (1975), p. 536-541; voir en particulier le second considérant du préambule de la résolution.

13. The impact or influence of the passage of time in the formation and evolution of the rules of international law is not a phenomenon external to law[10]. The surpassed positivist-voluntarist conception of international law nourished the pretension of attempting (in vain) to establish the independence of law in relation to time, while concomitantly privileging the method of observation (e.g., of State practice) in its undue minimization of the principles of international law, which touch on the foundations of our discipline.

14. Within the conceptual universe of this latter, aspects of inter-temporal law came to be studied, e.g., keeping in mind the relationship between the contents and the effectiveness of the norms of international law and the social transformations which took place in the new times. A *locus classsicus* in this respect lies in the well-known *obiter dictum* of this Court, in its Advisory Opinion on Namibia (1971), wherein affirmed that the system of mandates (territories under mandate)[11] was "not static", but "by definition evolutionary"; and it added that its interpretation of the matter could not fail to take into account the transformation occurred over the following fifty years, and the considerable evolution of the *corpus juris gentium* in time. In the words of the Court, "an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation"[12].

15. In respect of the present case opposing Germany to Italy, the fact remains that, even after Court's Order of 6 July 2010[13], dismissing as "inadmissible" the Italian counter-claim, and thus, much to my regret,

---

[10] In the aforementioned work of the Institut, attention was in fact turned to the impact of the passage of time on the development of international law; cf. 55 *AIDI* (1953), pp. 108 and 114-115 (interventions by M. Lachs, P. Reuter and S. Rosenne).

[11] And in particular the concepts incorporated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations.

[12] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.

[13] The effects of this Order of the Court were interpreted distinctly by the contending Parties. Germany claimed that the *cas d'espèce* does not concern the Second World War violations of international humanitarian law and the question of reparations, and that this ensues from the Court's Order of 6 July 2010 (CR 2011/17, p. 18, para. 11); in Germany's view, the Court does not have jurisdiction to adjudicate upon this issue (CR 2011/20, p. 11, para. 4). Italy, in turn, argued that the aforementioned Order of the Court does not bar it from raising the issue of reparations at this stage of the proceedings, in order to have Germany's immunity lifted (CR 2011/18, p. 13, para. 10). Turning to the inter-temporal dimension of the present dispute, Germany, however, went back to the times of the Second World War, to claim that the question whether it enjoys immunity before Italian courts should be examined according to the standards in force from 1943-1945, since immunity is the procedural counterpart of the substantive rule that provides for war reparations at inter-State level (CR 2011/17, pp. 35-36, para. 32). Italy, for its part, argued that the rules of State immunity, as procedural rules, must be applied by courts as they exist at the time of the filing of the complaint and not as they existed at the time the alleged violation of international law took place, and claims that such position is supported by Article 4 of the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (CR 2011/18, pp. 23-24, paras. 15-18).

13. L'impact ou l'influence du passage du temps sur la formation et l'évolution des règles du droit international n'est pas un phénomène extérieur au droit[10]. La conception positiviste/volontariste du droit international, aujourd'hui dépassée, a nourri les tentatives (vaines) visant à établir l'indépendance du droit par rapport au temps, tout en privilégiant simultanément la méthode d'observation (par exemple, de la pratique des Etats) réduisant indûment au minimum les principes du droit international, ce qui touche aux fondements de notre discipline.

14. Dans l'univers conceptuel de celle-ci, des aspects du droit intertemporel en sont venus à être étudiés, par exemple, en gardant à l'esprit la relation entre le contenu et l'efficacité des normes du droit international et les transformations sociales intervenues lors des époques nouvelles. Constitue un *locus classicus* à cet égard l'*obiter dictum* bien connu de la Cour dans l'avis consultatif rendu sur la Namibie (1971), dans lequel la Cour a confirmé que le système des mandats (territoires sous mandat)[11] n'était «pas statique», mais était «par définition évoluti[f]»; et elle a ajouté qu'elle se devait de prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui avait suivi, et l'évolution considérable du *corpus juris gentium* intervenu au fil du temps. Pour la Cour, «tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu»[12].

15. Dans la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie, le fait demeure que, même après l'ordonnance rendue le 6 juillet 2010 par la Cour[13], qui a déclaré la demande reconventionnelle italienne «irrece-

---

[10] Dans les travaux susmentionnés, l'Institut met l'accent sur l'impact du passage du temps sur le développement du droit international; voir *AIDI*, vol. 55 (1953), p. 108 et 114-115 (interventions de M. Lachs, P. Reuter et S. Rosenne).

[11] En particulier, les concepts incorporés à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

[12] *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 53.

[13] Les Parties ont interprété différemment les effets de cette ordonnance de la Cour. L'Allemagne affirme que l'affaire n'a pas pour objet les violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale et la question des réparations, et que l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 le confirme (CR 2011/17, p. 18, par. 11); pour l'Allemagne, la Cour n'est pas compétente pour connaître de cette question (CR 2011/20, p. 11, par. 4). L'Italie soutient, quant à elle, que l'ordonnance susmentionnée de la Cour ne l'empêche pas de soulever la question des réparations à ce stade de la procédure pour faire lever l'immunité de l'Allemagne (CR 2011/18, p. 13, par. 10). S'agissant de la dimension intertemporelle du présent différend, l'Allemagne revient par contre à la seconde guerre mondiale pour faire valoir que la question de savoir si elle jouit de l'immunité devant les tribunaux italiens doit être examinée selon les normes en vigueur de 1943 à 1945, puisque l'immunité est la contrepartie procédurale de la règle de fond qui prévoit des réparations de guerre dans les relations entre Etats (CR 2011/17, p. 35-36, par. 32). L'Italie soutient, pour sa part, que les règles de l'immunité de l'Etat, en tant que règles procédurales, doivent être appliquées par les tribunaux en l'état qui est le leur au moment où le juge est saisi et non au moment où la violation alléguée du droit international a eu lieu, et elle affirme que cette position est étayée par l'article 4 de la convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CR 2011/18, p. 23-24, par. 15-18).

trying to dissociate State immunities from war claims for reparations, the contending Parties themselves, Germany and Italy, continued to relate their (written and oral) submissions on the issue of State immunities to the factual background of war reparations claims. This appears ineluctable to me, as one cannot consider State immunities in the void, outside the factual context (including the factual origin) wherein they are invoked. The two go together, as the proceedings in the present case clearly demonstrated. I shall come back to this point throughout the present dissenting opinion.

16. It is not warranted, in my view, to invoke the factual origin of a dispute simply to try to argue that forced labour in the war industry was not prohibited in the past (the Second World War), or that *jus cogens* did not exist then, or that rights inherent to the human person were not yet recognized, and at the same time hide oneself behind the shield of State immunity. That makes no sense to me at all, and leads to impunity and manifest injustice. That goes against international law. That is inacceptable today, as was inacceptable in the past. It goes against the *recta ratio*, which lies in the foundations of the law of nations, today as in the past.

17. One cannot take account of inter-temporal law only in a way that serves one's interests in litigation, accepting the passing of time and the evolution of law in relation to certain facts but not to others, of the same *continuing* situation. There may be greater awareness of the interrelatedness between State immunities and war reparations claims today, and this is reassuring. One cannot simply discard such interrelatedness without providing any foundation for such dogmatic position. One cannot hide behind static dogmas so as to escape the legal consequences of the perpetration of atrocities in the past. The evolution of law is to be taken into account, in the unending struggle to put an end to atrocities and to see to it that they do not happen again, anywhere in the world.

III. State Immunities and War Reparation Claims: An Ineluctable Relationship in the Present Case

18. It should not pass unnoticed that, *after* the Court's Order of 6 July 2010 summarily dismissing the Italian counter-claim, references to the facts underlying the dispute between the Parties, and conforming its historical background, continued to be made by the contending Parties (Germany and Italy). It is in fact striking to note that, even after the Court's Order of 6 July 2010, both Parties — and, more significantly, Germany — have kept on referring to the factual and historical background of the present case. More specifically as to the question of reparations, Germany has dedicated part of its written and oral pleadings to this topic.

vable», et ainsi, à mon grand regret, tenté de dissocier les immunités de l'Etat des demandes de réparations de guerre, les Parties elles-mêmes, l'Allemagne et l'Italie, continuent de lier leurs conclusions (écrites et orales) sur la question des immunités de l'Etat au contexte factuel des demandes de réparations de guerre. Cela me semble inévitable, car on ne peut envisager les immunités de l'Etat dans un vide, hors du contexte factuel (y compris leur origine factuelle) dans lequel elles sont invoquées. Les deux vont ensemble, comme l'a clairement démontré la procédure dans la présente affaire. Je reviendrai sur ce point tout au long de la présente opinion dissidente.

16. Il n'est pas justifié à mes yeux d'invoquer l'origine factuelle d'un différend simplement pour faire valoir que le travail obligatoire dans l'industrie de guerre n'était pas interdit par le passé (la seconde guerre mondiale), ou que le *jus cogens* n'existait pas alors, ou que les droits inhérents à la personne humaine n'étaient pas encore reconnus, tout en s'abritant simultanément derrière le bouclier de l'immunité de l'Etat. Pour moi, cela n'a absolument aucun sens, et aboutit à l'impunité et à une injustice manifeste. Cela va à l'encontre du droit international. Cela est inacceptable aujourd'hui, comme c'était inacceptable par le passé. Cela va à l'encontre de la *recta ratio*, qui est au fondement du droit des gens aujourd'hui comme par le passé.

17. On peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un litige, et accepter le passage du temps et l'évolution du droit en relation avec certains faits mais non d'autres, relevant de la même situation *qui continue*. On est peut-être plus conscient aujourd'hui du rapport entre les immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre, et c'est rassurant. On ne peut tout simplement pas écarter cette relation sans justifier une position aussi dogmatique. On ne saurait invoquer des dogmes statiques pour échapper aux conséquences juridiques de la perpétration d'atrocités. Il faut tenir compte de l'évolution du droit dans la lutte sans fin menée pour mettre fin aux atrocités et faire en sorte qu'elles ne se reproduisent pas, où que ce soit dans le monde.

III. Les immunités de l'État et les demandes de réparations de guerre : une relation inéluctable dans la présente affaire

18. Force est de remarquer qu'*après* l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 déclarant la demande reconventionnelle italienne irrecevable, les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont continué d'évoquer les faits qui sous-tendent leur différend et son contexte historique. Il est de fait frappant que, même après l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010, les deux Parties, et l'Allemagne de manière plus significative, n'ont pas cessé d'évoquer le contexte factuel et historique de la présente affaire. S'agissant plus précisément de la question des réparations, l'Allemagne lui a consacré une partie de ses écritures et plaidoiries.

19. In fact, *after* the Court's Order of 6 July 2010 concerning Italy's counter-claim, Germany submitted its Reply (of 5 October 2010) where it dedicates its Section III, paras. 12-34, to "Reparation Issues concerning Italy and Italian Citizens"[14]. As to Germany's arguments concerning the question of reparation and the factual context of the present case, in paragraph 13 of its Reply, for example, it claims that Italy was involved in the post-war reparations scheme and that it received appreciable amounts of compensation from Germany. In paragraph 34 of its Reply, Germany further contends that, through the various mechanisms of reparation, in particular through collective reparations, it has fulfilled its duty to provide reparation in a fully satisfactory manner.

20. The same is true concerning the arguments of the Parties during the oral hearings[15]. A statement by the counsel for Italy is illustrative of this:

> "Is it not surprising to hear the Agent of Germany assert again at this stage that the question of reparation 'do[es] not form part of the present proceedings', whereas most of the discussions and the remarks your Court has heard throughout this week of pleadings have been and continue to be focused on this topic, and each of the counsel for the opposing Party has in particular made every effort to demonstrate that no violation of the obligations in question was ever committed?"[16]

21. While Germany states that the case is not about "the [Second World War], violations of international humanitarian law committed during the war and the question of reparations"[17], during its second pleadings in the oral proceedings, the agent of Germany stated that she intended "to dispel any erroneous impression that might have been created by our Italian and Greek friends that victims of German war crimes were deliberately left without compensation"[18]. She then went on to describe the mechanism of reparation that was put in place after the Second World War, stating that

> "— At the beginning of the 1960s the Federal Republic of Germany paid DM115 million to Greece for victims of racial and religious persecution. Germany likewise concluded the two treaties with Italy referred to in our Memorials, under which a lump sum of DM80 million was paid to Italy.
>
> — Roughly 3,400 Italian civilians were compensated for their forced labour by the Foundation 'Remembrance, Responsibil-

[14] Reply of Germany, paras. 12-34.
[15] Cf., e.g., CR 2011/20, p. 11; CR 2011/21, p. 14.
[16] CR 2011/21, p. 14 (official translation).
[17] CR 2011/17, p. 18.
[18] CR 2011/20, pp. 11-12.

19. En fait, *après* l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 concernant la demande reconventionnelle italienne, l'Allemagne a soumis sa réplique (datée du 5 octobre 2010), dont la section III (par. 12 à 34) est intitulée «Questions liées aux réparations concernant l'Italie et les citoyens italiens»[14]. Quant aux arguments de l'Allemagne concernant la question des réparations et le contexte factuel de la présente affaire, au paragraphe 13 de sa réplique, par exemple, elle fait valoir que l'Italie a bénéficié du régime de réparation d'après guerre et a reçu d'importantes indemnités de l'Allemagne. Au paragraphe 34 de sa réplique, l'Allemagne affirme en outre que, par le biais de divers mécanismes de réparation, en particulier dans le cadre de réparations collectives, elle s'est acquittée de son obligation de réparer de manière pleinement satisfaisante.

20. Il en va de même des arguments des Parties lors des plaidoiries[15]. Une déclaration du conseil de l'Italie peut servir d'exemple à cet égard:

> «N'est-ce pas bien étonnant d'entendre M^me^ l'agent de l'Allemagne affirmer encore à ce stade que le dossier des réparations «do[es] not form part of the present proceedings», alors que le plus gros des débats et des propos que votre Cour a pu entendre tout au long de cette semaine de plaidoiries a été et continue d'être centré essentiellement sur ce dossier et qu'en particulier chacun des plaideurs de la Partie adverse s'est évertué à démontrer qu'aucune violation des obligations en question n'a jamais été commise?»[16]

21. Bien que l'Allemagne affirme que l'affaire ne concerne pas «les violations du droit humanitaire commises pendant la [seconde] guerre [mondiale] et la question des réparations»[17], lors du second tour de plaidoiries, l'agent de l'Allemagne a indiqué qu'elle avait l'intention «de dissiper l'impression erronée que nos amis italiens et grecs ont pu créer, à savoir que les victimes de crimes de guerre commis par l'Allemagne n'auraient délibérément pas été indemnisées»[18]. Elle poursuivait alors en décrivant comme suit le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale:

> «— Au début des années 1960, la République fédérale d'Allemagne a versé 115 millions de DM à la Grèce en faveur des victimes de la persécution raciale et religieuse. De même, elle a conclu avec l'Italie les deux traités auxquels il a été fait référence dans notre mémoire, en application desquels une somme forfaitaire de 80 millions de DM a été versée à l'Italie.
> — Environ 3400 civils italiens ont été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour le travail forcé qu'ils

[14] Réplique de l'Allemagne, par. 12-34.
[15] Voir, par exemple, CR 2011/20, p. 11; CR 2011/21, p. 14.
[16] CR 2011/21, p. 14.
[17] CR 2011/17, p. 18.
[18] CR 2011/20, p. 11-12.

ity, Future'. The total amount of funds awarded to Italian individuals by this Foundation was close to €2 million.

— Furthermore, roughly 1,000 Italian military internees were awarded compensation for forced labour under the Foundation scheme.

— In addition, numerous Italian and Greek individuals received payments under the German post-war compensation legislation."[19]

22. The question is addressed again in the pleadings of counsel for Germany, wherein it is claimed that Italy's stance that Germany has failed to provide reparation collectively "requires an explanation of the entire system of reparations as it was conceived by the community of States"[20]. The argument goes on to explain the foundations of the system of reparations "conceived by the community of States having declared war on Germany . . . [which] were laid down at Potsdam, a few months after Germany's surrender"[21]. Thus, counsel for Germany presented "the political, historical and legal context of the waiver clause which must not be seen as a kind of accident, a derailing provision which does not fit into the system of international responsibility"[22].

23. In conclusion on the point at issue, one cannot make abstraction of the factual context, of the historical background of the facts which gave origin to the present case. State immunities cannot be considered in the void, they constitute a matter which is ineluctably linked to the facts which give origin to a contentious case. This is precisely what I upheld in my dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010, whereby the Court decided, however, to dismiss the Italian counter-claim, much to my regret. Shortly after that Order, the contending Parties themselves (Germany and Italy) kept on relating their (written and oral) submissions on the issue of State immunities to the factual background of war reparations claims. It could not have been otherwise, as one and the other are ineluctably interrelated.

IV. Germany's Recognition of State Responsibility in the *Cas d'Espèce*

24. Having established the ineluctable interrelatedness between the claims of State immunities and of war reparations in the *cas d'espèce (supra)*, I now move on to the next point, namely, Germany's recognition of State responsibility for the wrongful acts which lie in the factual origin of the present case. This comes to reveal the uniqueness of the present

[19] CR 2011/20, pp. 11-13.
[20] *Ibid.*, pp. 25-26.
[21] *Ibid.*, pp. 25-26.
[22] *Ibid.*, p. 27.

avaient dû effectuer. La somme totale versée à des ressortissants italiens par cette fondation avoisinait les 2 millions d'euros.

— Par ailleurs, quelque 1000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation.

— Enfin, de nombreux ressortissants italiens et grecs se sont vu verser des indemnités en application de la législation allemande d'après guerre en matière d'indemnisation.»[19]

22. Le conseil de l'Allemagne revient sur la question dans sa plaidoirie, affirmant que la position de l'Italie selon laquelle l'Allemagne avait failli à l'obligation de réparation collective qui lui incombait «exige[ait] une explication du régime de réparation tel qu'il a été conçu par la communauté des Etats»[20]. Le conseil de l'Allemagne poursuit en expliquant les fondements du régime de réparation «conçus par la communauté des Etats ayant déclaré la guerre à l'Allemagne ... posés à Potsdam, quelques mois après la capitulation de l'Allemagne»[21]. C'est ainsi que le conseil de l'Allemagne a présenté «le contexte politique, historique et juridique de la clause de renonciation, qui ne [devait] pas être considérée comme une sorte d'accident, une disposition déviante qui ne cadr[ait] pas avec le régime de la responsabilité internationale»[22].

23. Pour conclure sur ce point, on ne peut faire abstraction du contexte factuel, du contexte historique qui est à l'origine de la présente affaire. Les immunités de l'Etat ne peuvent être envisagées dans un vide, elles sont inéluctablement liées aux faits qui sont à l'origine du litige. C'est précisément ce que j'ai déclaré dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance du 6 juillet 2010, par laquelle la Cour a décidé à mon grand regret de rejeter la demande reconventionnelle italienne. Peu après cette ordonnance, les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont elles-mêmes continué de lier leurs conclusions (écrites et orales) sur la question des immunités de l'Etat au contexte factuel des demandes de réparations de guerre. Il n'aurait pu en être autrement, puisque les deux questions sont inéluctablement liées.

IV. Reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'État en l'espèce

24. Ayant établi que l'invocation des immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre étaient inéluctablement liées en l'espèce *(supra)*, je passe maintenant au point suivant, à savoir la reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'Etat pour les faits illicites qui sont à l'origine de la présente affaire. Cette reconnaissance illustre

[19] CR 2011/20, p. 11-13.
[20] *Ibid.*, p. 25-26.
[21] *Ibid.*, p. 25-26.
[22] *Ibid.*, p. 27.

case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, a very rare one in the inter-State *contentieux* before the Hague Court, and an unprecedented one in that the Complainant State recognizes its own responsibility for the harmful acts lying in the origins, and forming the factual background, of the present case.

25. Throughout the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, in the written and oral phases, Germany took the commendable initiative of repeatedly recognizing State responsibility for the wrongful acts lying in the factual origins of the *cas d'espèce*, i.e., for the crimes committed by the Third Reich during the Second World War[23]. Thus, in the written proceedings, in its Memorial Germany stated that

> "the historical context of the dispute cannot be fully understood without at least a summary description of the unlawful conduct of the forces of the German Reich, on the one hand, and the steps undertaken by post-war Germany, at the inter-State level, to give effect to the international responsibility of Germany deriving from that conduct, on the other. (. . .)
>
> The democratic Germany, which emerged after the end of the Nazi dictatorship, has consistently expressed its deepest regrets over the egregious violations of international humanitarian law perpetrated by German forces during the period from 8/9 September 1943 until the liberation of Italy."[24]

26. Germany then referred to its own previous "symbolic gestures", on many occasions, to remember the Italian citizens who became "victims of barbarous strategies in an aggressive war". It added that it was "prepared to do so in the future" again. Germany recalled, in particular, the 2008 ceremony held in the memorial site "La Risiera di San Sabba" close to Trieste (which had been used as a concentration camp during the German occupation in the Second World War), where Germany fully acknowledged the untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres, and on former Italian military internees"[25].

27. One of the conclusions of the meeting of German and Italian authorities during the ceremony in the memorial site near Trieste (on 18 November 2008) was the decision to create a joint commission of German and Italian historians.

> "with the mandate to look into the common history of both countries during the period when they were both governed by totalitarian regimes, giving special attention to those who suffered from war

[23] Cf., e.g., Memorial of Germany, paras. 7, 15, 59, 94; Reply of Germany, para. 2; CR 2011/17, p. 15, para. 5; pp. 18-19, para. 12; p. 31, para. 20; p. 48, para. 41; CR 2011/20, para. 1.

[24] Memorial of Germany, paras. 7 and 15.

[25] *Ibid.*, para. 15.

l'unicité de la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, car il est très rare, voire sans précédent, que devant la Cour l'Etat demandeur reconnaisse sa responsabilité pour les faits dommageables qui sont à l'origine de l'affaire et en constituent le contexte factuel.

25. Tout au long de la procédure écrite et orale, l'Allemagne a pris l'initiative louable de reconnaître à maintes reprises la responsabilité de l'Etat allemand pour les faits illicites qui sont à l'origine du litige, c'est-à-dire les crimes commis par le III[e] Reich durant la seconde guerre mondiale[23]. C'est ainsi que, dans son mémoire, l'Allemagne a déclaré

> «on ne saurait ... se faire une idée claire du contexte historique du différend sans revenir, même succinctement, sur la conduite illicite des forces du Reich allemand, d'une part, et sur les mesures prises au niveau interétatique par l'Allemagne de l'après-guerre pour mettre en œuvre la responsabilité de l'Allemagne découlant de cette conduite, d'autre part...
>
> L'Allemagne démocratique qui a vu le jour après la chute de la dictature nazie n'a pas laissé d'exprimer ses regrets les plus profonds pour les violations massives du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes à partir des 8 et 9 septembre 1943 et ce, jusqu'à la libération de l'Italie.»[24]

26. L'Allemagne a ensuite évoqué ses maints «gestes symboliques» pour honorer la mémoire des citoyens italiens «victimes de stratégies barbares dans le cadre de cette guerre d'agression». Elle a ajouté qu'elle était «prête à en faire autant dans l'avenir». Elle a en particulier rappelé la cérémonie organisée en 2008 sur le site commémoratif «La Risiera di San Saba», situé près de Trieste (qui avait été utilisé comme camp de concentration durant l'occupation allemande lors de la seconde guerre mondiale), au cours de laquelle elle avait pleinement reconnu «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens»[25].

27. Une des conclusions de la réunion des autorités allemandes et italiennes pendant cette cérémonie organisée près de Trieste le 18 novembre 2008 a été la décision de créer une commission conjointe d'historiens allemands et italiens

> «qui aurait pour mission de revenir sur l'histoire commune des deux pays pendant la période ou l'un et l'autre étaient sous la coupe d'un régime totalitaire, en prêtant une attention spéciale aux victimes de crimes de

[23] Voir, par exemple, mémoire de l'Allemagne, par. 7, 15, 59, 94; réplique de l'Allemagne, par. 2; CR 2011/17, p. 15, par. 5, p. 18-19, par. 12, p. 31, par. 20, et p. 48, par. 41; CR 2011/20, par. 1.

[24] Mémoire de l'Allemagne, par. 7 et 15.

[25] *Ibid.*, par. 15.

> crimes, including those Italian soldiers whom the authorities of the Third Reich abusively used as forced labourers ('military internees'). In fact, the first conference of that joint commission, which comprises five eminent scholars from each side, was held on 28 March 2009 in Villa Vigoni, the prominent centre for cultural encounters in German-Italian relations."[26]

28. Germany added that it "does not challenge the assertion that indeed very serious violations, even crimes, were committed by its occupation forces in Italy"[27]. It added that "[t]he unlawful actions of the armed forces of the Third Reich took place between 1943 and 1945. Since that time, no injurious new element was added to the damage originally caused."[28] In its Reply, Germany again referred to "[t]he horrendous events of World War II, when German occupation forces perpetrated indeed serious violations of the laws of war"[29] (which it sought, however, to separate from the issue of State immunity submitted to the jurisdiction of the Court).

29. Likewise, in the course of the oral proceedings, in the public sitting of 12 September 2011 before the Court, counsel for Germany stated that

> "The democratic Germany which emerged after the end of the Nazi dictatorship has consistently expressed its deepest regret over the egregious violations of international humanitarian law perpetrated by German forces and fully acknowledges the suffering inflicted on the Italian people during the period from September 1943 until the liberation of Italy in May 1945. In this context, the German Government has, in co-operation with the Italian Government, made a number of gestures to reach out to the victims and their families. (. . .).
>
> [M]ost horrendous crimes were committed by Germans during World War II. Germany is fully aware of her responsibility in this regard. Those crimes were unique, as were the instruments and mechanisms for compensation and reparation — financially, politically and otherwise — set up and implemented by Germany since the end of the war. We cannot undo history. If victims or descendants of victims feel that these mechanisms were not sufficient, we do regret this."[30]

30. Shortly afterwards, in the public sitting of 15 November 2011 before the Court, counsel for Germany reiterated that

> "We are well aware that the complex legal nature of these proceedings on State immunity cannot do justice at all to the human dimen-

[26] Memorial of Germany, para. 15.
[27] *Ibid.*, para. 59.
[28] *Ibid.*, para. 94.
[29] Reply of Germany, para. 2.
[30] CR 2011/17, pp. 15 and 18, paras. 5 and 12; and cf. p. 31, para. 20, for yet another reference to the "grave breaches of the law perpetrated by the authorities of the German Third Reich".

guerre, notamment aux soldats italiens que les autorités du IIIe Reich utilisèrent abusivement pour le travail forcé (les «internés militaires»). En fait, la première conférence de cette commission conjointe, composée de cinq éminents spécialistes de chacune des parties, s'est tenue le 28 mars 2009 à la Villa Vigoni, le centre renommé d'échanges culturels organisés dans le cadre des relations germano-italiennes.»[26]

28. L'Allemagne a ajouté qu'elle «ne contest[ait] pas que des violations graves, voire des crimes, [avaient] effectivement été commises par ses forces d'occupation en Italie»[27] et que «[l]es actes illicites des forces armées du IIIe Reich furent commis entre 1943 et 1945. Depuis cette époque, aucun nouvel effet dommageable n'est venu s'ajouter au préjudice causé à l'origine.»[28] Dans sa réplique, l'Allemagne évoque de nouveau «[l]es terribles événements de la seconde guerre mondiale lorsque les forces d'occupation allemandes ont, de fait, gravement violé les lois de la guerre»[29] (en s'efforçant néanmoins de les séparer de la question de l'immunité de l'Etat soumise à la compétence de la Cour).

29. De même, à l'audience du 12 septembre 2011, le conseil de l'Allemagne a déclaré:

«L'Allemagne démocratique apparue à la fin de la dictature nazie a constamment exprimé son plus profond regret face aux violations grossières du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes et reconnaît pleinement les souffrances infligées au peuple italien pendant la période qui s'est écoulée entre septembre 1943 et la libération de l'Italie en mai 1945. Dans ce cadre, le Gouvernement allemand, en coopération avec le Gouvernement italien, a fait plusieurs gestes en faveur des victimes et de leurs familles...

[D]es crimes indicibles ont été commis par des Allemands au cours de la seconde guerre mondiale. L'Allemagne est tout à fait consciente de sa responsabilité à cet égard. Ces crimes étaient uniques, comme l'ont été les instruments et les mécanismes d'indemnisation et de réparation — financiers, politiques et autres — créés et mis en œuvre par l'Allemagne depuis la fin de la guerre. Nous ne pouvons refaire l'histoire. Si les victimes ou les descendants des victimes croient que ces mécanismes n'étaient pas suffisants, nous le regrettons sincèrement.»[30]

30. Peu après, à l'audience du 15 novembre 2011, le conseil de l'Allemagne a déclaré à la Cour:

«Nous sommes tout à fait conscients que la complexité juridique de la présente affaire relative aux immunités de l'Etat ne permettra

[26] Mémoire de l'Allemagne, par. 15.
[27] *Ibid.*, par. 59.
[28] *Ibid.*, par. 94.
[29] Réplique de l'Allemagne, par. 2.
[30] CR 2011/17, p. 15, par. 5, et p. 18, par. 12; voir aussi p. 31, par. 20, pour une autre évocation des «violations graves du droit perpétrées par les autorités du IIIe Reich allemand».

> sion of the terrible wartime events for which Germany has accepted full responsibility. I would like to take this opportunity to emphasize our deepest respect for the victims, not only here in the courtroom.'[31]

Germany further recognized its responsibility specifically for the massacre of Distomo in Greece, perpetrated on 10 June 1944 (cf. para. 188 *infra*).

31. The massacre of Distomo was by no means an isolated atrocity of the kind; there were other massacres in occupied Greece at that time, in a pattern of systematic oppression and extreme violence[32]. The above statements before this Court, of acknowledgment of State responsibility on the part of Germany, commendable as they are, show again the impossibility of making abstraction of the factual background of the present case, pertaining to the claim of State immunity as ineluctably related to war reparation claims.

V. Fundamental Human Values: Rescuing some Forgotten Doctrinal Developments

32. Since legal doctrine (i.e., "the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations") is listed among the formal "sources" of international law, together with "judicial decisions", in Article 38 (1) *(d)* of the ICJ Statute, consideration of the basic issue raised in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)* cannot thus prescind from, and be exhausted in, a review only of case law (both international and domestic) on the procedural issue of State immunity strictly. Attention is to be turned also to the most lucid international legal thinking, drawing on the underlying human values. I thus turn my attention to some writings which I regard as particularly relevant to the consideration of the *cas d'espèce*.

33. I do not purport to be exhaustive, but rather selective, in singling out some ponderations which should not remain seemingly forgotten in our days, particularly by the active (if not hectic) legal profession, which appears today oblivious of the lessons of the past, in its persistent obsession of privileging strategies of litigation over consideration of fundamental human values. I draw attention to the apparently forgotten thoughts of three distinguished jurists, who belonged to the same generation which witnessed and survived two World Wars, who were devoted to interna-

[31] CR 2011/20, p. 10, para. 1.

[32] For one of the few general historical accounts available, cf. M. Mazower, *Inside Hitler's Greece: The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/London, Yale Nota Bene/Yale University Press, 2001, pp. 155-261.

nullement d'appréhender la dimension humaine des terribles événements qui se sont déroulés pendant la guerre, événements à l'égard desquels l'Allemagne a reconnu sa pleine responsabilité. Je saisis d'ailleurs cette occasion pour témoigner aux victimes, et pas seulement à celles qui sont présentes dans cette salle de justice, notre plus profond respect.»[31]

L'Allemagne a en outre reconnu spécifiquement sa responsabilité pour le massacre de Distomo perpétré en Grèce le 10 juin 1944 (voir par. 188 *infra*).

31. Le massacre de Distomo n'a aucunement été une atrocité isolée; il y a eu d'autres massacres en Grèce occupée à l'époque, dans le cadre d'une oppression systématique d'une extrême violence[32]. Les déclarations devant la Cour citées ci-dessus de reconnaissance de la responsabilité de l'Etat allemand, si louables soit-elles, montrent une nouvelle fois qu'il est impossible de faire abstraction du contexte factuel de la présente affaire, l'invocation de l'immunité de l'Etat étant inéluctablement liée aux demandes de réparations de guerre.

V. Valeurs humaines fondamentales: des développements doctrinaux tirés de l'oubli

32. Comme la doctrine (c'est-à-dire «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations») figure parmi les «sources» du droit international avec les «décisions judiciaires» à l'alinéa *d)* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CIJ, l'examen de la question fondamentale que soulève la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* ne peut donc se limiter au seul examen de la jurisprudence (internationale comme nationale) relative à la question procédurale de l'immunité de l'Etat au sens strict ni consister en ce seul examen. Il faut aussi prêter attention à la doctrine des publicistes les plus éclairés, et tirer profit des valeurs humaines qui la sous-tendent. Je vais donc me pencher sur des ouvrages que je considère comme particulièrement pertinents pour l'examen du présent cas d'espèce.

33. J'entends ne pas être exhaustif mais être bien sélectif en choisissant certaines réflexions qui ne devraient pas être ignorées de nos jours, en particulier par les praticiens actifs (sinon surmenés) du droit, qui semblent avoir oublié les leçons du passé, persistant à privilégier les stratégies judiciaires au lieu de tenir compte des valeurs humaines fondamentales. J'appelle l'attention sur les réflexions apparemment oubliées de trois juristes éminents, qui appartenaient à la génération qui a été témoin de deux guerres mondiales et y a survécu, et qui se sont consacrés au droit inter-

[31] CR 2011/20, p. 10, par. 1.

[32] Pour l'une des relations générales disponibles, voir M. Mazower, *Inside Hitler's Greece: The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/Londres, Yale Nota Bene/Yale University Press, 2001, p. 155-261.

tional law in the epoch of the anguish of the inter-war period and of the horrors of the Second World War: Albert de La Pradelle (1871-1955), former member of the Advisory Committee of Jurists which in 1920 drafted the Statute of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), subsequently to become, with minor changes, the Statute of the ICJ; Max Huber (1874-1960), former judge of the PCIJ[33]; and Alejandro Alvarez (1868-1960), former judge of the ICJ.

34. At the same time as the rise of Nazism in Germany, humanism was being cultivated elsewhere, and not so far away, within the realm of international legal thinking. In an illuminating series of lectures, delivered in Paris, from November 1932 to May 1933, Albert de La Pradelle pondered that the *droit des gens* transcends inter-State relations, it regulates them so as to protect human beings: it is a true "law of the human community". The *droit des gens* seeks to ensure respect for the rights of the human person, to ensure compliance by States of their duties vis-à-vis the human beings under the respective jurisdictions. International law — he added — was constructed as from human beings, it exists *by* and *for* them[34].

35. Under the *droit des gens*, States ought to permit human beings who compose them to become masters of their own destiny. One is here before a true *"droit de l'humanité"*, in the framework of which general principles of law — which are those of international law, emanating from natural law[35] — play an important and guiding role. The purely inter-State conception is dangerous, he warned; in his own words,

> "It is extremely grave and perilous that international law is forming on the conception of reciprocal rights and duties of the different States. (. . .) [I]t is essential to move away from that process of definition. (. . .) [I]t poses an immediate danger, leading States to focus solely, in respect of the organization and development of international law, on their particular freedoms grouped together under a new expression, that of *sovereignty*."[36]

Attention is, in his view, to be turned to those general principles, emanating from the *juridical conscience*, and to the "evolution of humankind", respectful of the rights of the human person[37].

36. On his turn, Max Huber, in a book written in his years of maturity and published towards the end of his life, drew attention to the relevance of "superior values", above "State interests", in the whole realm of the *jus*

---

[33] And its former president in the period 1925-1927.

[34] A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, November 1932/May 1933, pp. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 and 356.

[35] *Ibid.*, pp. 230, 257, 264 and 413.

[36] *Ibid.*, pp. 33-34. *[Translation by the Registry.]*

[37] *Ibid.*, pp. 261 and 412.

national durant l'entre-deux-guerres, une époque marquée par l'angoisse, et alors que les horreurs de la seconde guerre mondiale étaient perpétrées: Albert de La Pradelle (1871-1955), ancien membre du Comité consultatif de juristes qui a en 1920 rédigé le Statut de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), devenu par la suite, moyennant des modifications mineures, le Statut de la CIJ; Max Huber (1874-1960), ancien juge de la CPJI[33]; et Alejandro Alvarez (1868-1960), ancien juge de la CIJ.

34. A l'époque où en Allemagne le nazisme prenait son essor, l'humanisme était cultivé dans d'autres régions, point trop éloignées, dans le domaine de la réflexion juridique internationale. Dans le cadre d'une série de conférences pénétrantes données à Paris de novembre 1932 à mai 1933, Albert de La Pradelle expliquait que le droit des gens transcende les relations entre Etats, et les régule de manière à protéger la personne humaine: c'est un vrai «droit de la communauté humaine». Le droit des gens vise à assurer le respect des droits de la personne humaine, pour faire en sorte que les Etats s'acquittent de leurs obligations vis-à-vis des êtres humains placés sous leur juridiction. Le droit international, ajoutait-il, s'est formé à partir de l'être humain, il existe *par* lui et *pour* lui[34].

35. En application du droit des gens, les Etats doivent permettre aux êtres humains qui les constituent de devenir les maîtres de leur destinée. Il s'agit là d'un véritable «droit de l'humanité», dans le cadre duquel les principes généraux du droit, qui sont ceux du droit international et découlent du droit naturel[35], jouent un rôle directeur important. La conception purement étatique du droit est dangereuse, avertissait-il:

> «Il est extrêmement grave et dangereux que le droit international se forme sur la conception de droits et de devoirs réciproques des différents Etats ... [C]ette définition, on doit l'écarter ... [E]lle devient immédiatement périlleuse en menant les Etats à ne se préoccuper, dans l'organisation et le développement du droit international, que de leurs libertés particulières réunies sous une expression nouvelle qui est celle de *souveraineté*.»[36]

Il fallait selon lui prêter attention à ces principes généraux, émanant de la *conscience juridique*, et à l'«évolution de l'humanité», respectueuse des droits de la personne humaine[37].

36. Max Huber, à son tour, dans un ouvrage écrit à l'âge mûr et publié vers la fin de sa vie, appelait l'attention sur la pertinence des «valeurs supérieures» aux «intérêts de l'Etat» dans tout le domaine du *jus gentium*

[33] Et qui a présidé cette juridiction de 1925 à 1927.

[34] A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, novembre 1932/mai 1933, p. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 et 356.

[35] *Ibid.*, p. 230, 257, 264 et 413.

[36] *Ibid.*, p. 33-34.

[37] *Ibid.*, p. 261 et 412.

gentium as a law of mankind *(droit de l'humanité)*[38]. Looking back in time (writing in 1954), he pondered that

> "If one compares the current era with that of 1914, it is clear to see that there has been a weakening of the sense of the law, a reduction in the instinctive respect for the limits it imposes; this is surely a consequence of the damage sustained within the legal structures of States (. . .) Devaluation of the human person and life and widespread deterioration of the legal consciousness. All that explains why a significant part of humanity accepted, without any apparent strong reaction, a serious debasement of the laws of war."[39]

37. The *jus gentium* beheld and advocated by Huber, in the light of natural law thinking, is meant to protect the human person. Contemporary international humanitarian law (as embodied, e.g., in the four Geneva Conventions) — he added — purported ultimately to the protection of the human person as such, irrespective of nationality; it was centred on human beings. He further recalled the ultimate ideal cultivated by some international legal philosophers of the *civitas maxima gentium*[40].

38. For his part, Alejandro Alvarez, in a book published (originally in Paris) one year before his death, titled *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), also visualized the foundations of international law — subsequent to the "social cataclysm" of the Second World War — as from its general principles[41], emanated from the "international juridical conscience"[42], wherefrom derive also — he added — precepts such as those pertaining to the crime against humanity[43]. To him as well, those general principles of international law emanated from the juridical conscience, and should be re-stated in the new times[44].

39. They were endowed with much importance, as historically exemplified by the two Hague Peace Conferences (1899 and 1907)[45]. A. Alvarez further observed that, as a result of the "dynamism" of the evolving international law,

> "it is rather often difficult to make in this law the traditional distinction between '*lex lata*' and '*lex ferenda*'. Beside a formed international law, there is always an international law in the process of formation."[46]

---

[38] M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Geneva, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270 and 293.

[39] *Ibid.*, pp. 291-292. *[Translation by the Registry.]*

[40] *Ibid.*, pp. 247, 270, 286 and 304.

[41] A. Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 [reed.], pp. 156, 163 and 292.

[42] *Ibid.*, pp. 49, 57, 77, 155-156 and 292.

[43] *Ibid.*, pp. 156 and 304.

[44] *Ibid.*, pp. 163 and 304.

[45] Cf. *ibid.*, pp. 156 and 357.

[46] "Es a menudo difícil hacer en este derecho la distinción tradicional entre la *'lex lata'* y la *'lex ferenda'*. Al lado de un derecho internacional formado, hay siempre un derecho internacional en formación." (*Ibid.*, p. 292.) *[My translation.]*

en tant que droit de l'humanité[38]. Se tournant vers le passé (il écrivait en 1954), il exposait ce qui suit :

> « Si l'on compare l'époque actuelle avec celle de 1914, on doit bien constater un affaiblissement du sens du droit, une diminution du respect instinctif des limites qu'il impose ; conséquence certaine des dégradations subies à l'intérieur des structures juridiques des Etats... Dévalorisation de la personne et de la vie humaines ainsi qu'affaiblissement étendu de la conscience juridique. Tout cela explique pourquoi une partie importante de l'humanité accepta, sans grandes réactions apparentes, de sérieuses altérations du droit de la guerre. »[39]

37. Le *jus gentium*, envisagé et défendu par M. Huber à la lumière de la doctrine du droit naturel, est destiné à protéger la personne humaine. Le droit international humanitaire contemporain (consacré, par exemple, dans les quatre conventions de Genève) — ajoutait-il — visait en dernière analyse à protéger la personne humaine en tant que telle, indépendamment de la nationalité ; il était axé sur les êtres humains. Il rappelait en outre l'idéal ultime cultivé par certains publicistes de la *civitas maxima gentium*[40].

38. Alejandro Alvarez, pour sa part, dans un ouvrage publié (initialement à Paris) un an avant sa mort et intitulé *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), envisageait également les fondements du droit international — à la suite du « cataclysme social » de la seconde guerre mondiale — découlant de ces principes généraux[41] qui émanaient de la « conscience juridique internationale »[42], d'où découlent également, ajoutait-il, des préceptes comme ceux touchant le crime contre l'humanité[43]. Pour lui également, ces principes généraux du droit international émanaient de la conscience juridique et ils devaient être réaffirmés à l'époque nouvelle[44].

39. On leur accordait beaucoup d'importance, comme l'attestent, d'un point de vue historique, les deux conférences de paix de La Haye (1899 et 1907)[45]. A. Alvarez faisait en outre observer que, du fait du « dynamisme » de l'évolution du droit international,

> « il est souvent assez difficile de distinguer, dans ce droit, la *lex lata* de la *lex ferenda*. A côté d'un droit international formé, il y a toujours un droit international en formation. »[46]

---

[38] M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, p. 26, 247, 270 et 293.

[39] *Ibid.*, p. 291-292.

[40] *Ibid.*, p. 247, 270, 286 et 304.

[41] A. Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 (rééd.), p. 156, 163 et 292.

[42] *Ibid.*, p. 49, 57, 77, 155-156 et 292.

[43] *Ibid.*, p. 156 et 304.

[44] *Ibid.*, p. 163 et 304.

[45] Voir *ibid.*, p. 156 et 357.

[46] « Es a menudo difícil hacer en este derecho la distinción tradicional entre la « *lex lata* » y la « *lex ferenda* ». Al lado de un derecho internacional formado, hay siempre un derecho internacional en formación. » (*Ibid.*, p. 292.)

40. This brief survey of doctrinal developments, centred on fundamental human values, discloses that, some of the most distinguished jurists of a generation which witnessed the horrors of two World Wars in the twentieth century did not at all pursue a State-centric approach to our discipline. On the contrary, they advanced an entirely distinct approach, centred on the human person. They were, in my understanding, faithful to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to be nowadays as well. Even a domain so heavily marked by the State-centric approach — which did not help at all to avoid the horrors of the World Wars — such as that of State immunities has nowadays to be reassessed in the light of *fundamental human values*. State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays, at last, in the light of fundamental human values.

VI. The Collegial Doctrinal Work of Learned Institutions of International Law

41. The work of learned institutions in the domain of international law can be invoked in this connection. The subject of the jurisdictional immunities of the State, central in the *cas d'espèce*, has attracted the attention of succeeding generations of legal scholars, as well as of learned institutions, such as the Institut de droit international (IDI) and the International Law Association (ILA). The Institut de droit international, since its early days in the late nineteenth century up to the present time, has occupied itself of the theme. As early as in its Hamburg Session of 1891, its *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (Drafting Committee and L. von Bar, J. Westlake and A. Hartmann) stated, in Article 4 (6), that:

> "The only admissible actions against a foreign State are:
>
> . . . . . .
>
> — actions for damages for delicts or quasi-delicts committed on the territory." *[Translation by the Registry.]*

42. Over half-a-century later, its conclusions on *L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers* (Session of Aix-en-Provence, 1954 — rapporteur, E. Lémonon) held, in Article 3, that:

> "The courts of a State may entertain actions against a foreign State and the legal persons referred to in Article 1 whenever the dispute relates to an act which is not an act of public authority.
>
> Whether or not an act is an act of public authority is determined by the *lex fori*." *[Translation by the Registry.]*

40. Ce bref exposé de l'évolution doctrinale axée sur les valeurs humaines fondamentales révèle que certains des plus éminents juristes d'une génération qui a connu les horreurs de deux guerres au XX[e] siècle ne souscrivaient pas à une approche de notre discipline axée sur l'Etat. Au contraire, ils défendaient une approche totalement distincte, axée sur la personne humaine. Ils étaient, pour moi, fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme on devrait également l'être de nos jours. Même un domaine aussi lourdement marqué par l'approche axée sur l'Etat — laquelle n'a pas du tout contribué à éviter les horreurs de deux guerres mondiales — que celui des immunités de l'Etat doit aujourd'hui être réévalué à la lumière des *valeurs humaines fondamentales*. Les immunités de l'Etat sont, après tout, une prérogative ou un privilège, et elles ne peuvent continuer de faire abstraction de l'évolution du droit international qui a lieu de nos jours, enfin, compte tenu des valeurs humaines fondamentales.

VI. L'ŒUVRE DOCTRINALE COLLÉGIALE D'INSTITUTIONS SAVANTES DE DROIT INTERNATIONAL

41. L'œuvre d'institutions savantes dans le domaine du droit international peut être invoquée à cet égard. Le sujet des immunités juridictionnelles de l'Etat, qui est au cœur de la présente espèce, a attiré l'attention de générations successives de juristes, ainsi que d'institutions savantes comme l'Institut de droit international (IDI) et l'Association de droit international (ADI). L'Institut de droit international a étudié le sujet depuis sa naissance à la fin du XIX[e] siècle jusqu'à nos jours. Dès sa session de Hambourg de 1891, il déclarait, dans son *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (comité de rédaction et L. von Bar, J. Westlake et A. Hartmann), au paragraphe 6 de l'article 4, que:

> «Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont:
>
> . . . . . .
>
> — Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire.»

42. Plus d'un demi-siècle plus tard, on pouvait lire dans ses conclusions sur *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers* (session d'Aix-en-Provence, 1954; rapporteur, E. Lémonon), à l'article 3:

> «Les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des actions contre un Etat étranger et les personnes morales visées à l'article 1, toutes les fois que le litige a trait à un acte qui n'est pas de puissance publique.
>
> La question de savoir si un acte n'est pas de puissance publique relève de la *lex fori*.»

43. In 1991, at its Basel Session, its conclusions on *Contemporary Problems concerning the Immunity of States in relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement* (rapporteur, I. Brownlie) provided (as to the criteria indicating the competence of courts of the forum State in relation to jurisdictional immunity), in Article 2 (2) *(e)*, that:

> "In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the competence of the relevant organs of the forum State to determine the substance of the claim, notwithstanding a claim to jurisdictional immunity by a foreign State which is a party:
>
> . . . . . .
>
> — The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State."

44. One decade later, in its Session of Vancouver of 2001, the resolution of the IDI on *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* (rapporteur, J. Verhoeven) stated, in Article 3, that

> "In civil and administrative matters, the Head of State does not enjoy any immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State, unless that suit relates to acts performed in the exercise of his or her official functions. Even in such a case, the Head of State shall enjoy no immunity in respect of a counter-claim. Nonetheless, nothing shall be done by way of court proceedings with regard to the Head of State while he or she is in the territory of that State, in the exercise of official functions."

45. Four years later, in the Krakow Session of 2005, the Institut de droit international, in its conclusions on *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes* (rapporteur, C. Tomuschat), was of the view (Article 3 *(a)*) that

> "Unless otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:
>
> — Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or non-international armed conflict."

43. En 1991, à sa session de Bâle, il déclarait à l'alinéa *e)* du paragraphe 2 de l'article 2 de ses conclusions sur *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats* (rapporteur, I. Brownlie), à propos des critères indicatifs de la compétence des tribunaux de l'Etat du for en matière d'immunité de juridiction, que:

> «En l'absence de convention contraire, les critères suivants sont indicatifs de la compétence des organes de l'Etat du for pour connaître du fond de la demande, nonobstant une éventuelle revendication d'immunité de juridiction formulée par un Etat étranger:
>
> . . . . . .
>
> — Les organes de l'Etat du for sont compétents à l'égard d'actions concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un Etat étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for.»

44. Une décennie plus tard, à sa session de Vancouver, en 2001, il déclarait à l'article 3 de sa résolution sur *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* (rapporteur, J. Verhoeven):

> «En matière civile ou administrative, le chef d'Etat ne jouit d'aucune immunité de juridiction devant le tribunal d'un Etat étranger, sauf lorsqu'il est assigné en raison d'actes qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles; dans ce dernier cas, il ne jouit pas de l'immunité si la demande est reconventionnelle. Toutefois, aucun acte lié à l'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être accompli à son endroit lorsqu'il se trouve sur le territoire de cet Etat dans l'exercice de ses fonctions officielles.»

45. Quatre ans plus tard, à sa session de Cracovie, en 2005, l'Institut de droit international, à l'alinéa *a)* de l'article 3 de sa résolution sur *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (rapporteur, C. Tomuschat), déclarait:

> «L'exercice de la compétence universelle est subordonné aux dispositions ci-après, à moins qu'il n'en soit convenu autrement de manière licite:
>
> — la compétence universelle peut être exercée en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme relevant de cette compétence dans les matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international.»

46. Last but not least, in its resolution on *Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes* (rapporteur, Lady Fox), adopted at it Naples Session of 2008, the Institut was of the view (Arts. II (2) and (3)) that

> — "Pursuant to treaties and customary international law, States have an obligation to prevent and suppress international crimes. Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this Resolution are entitled.
> — States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents."

47. Furthermore, the same Naples resolution of 2009 of the IDI significantly added (Article III (1) and (3) *(a)* and *(b)*) that

> — "No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes. (. . .)
> — The above provisions are without prejudice to:
> — the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs;
> — the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime."[47]

Article IV of the same resolution adds that the above provisions "are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State".

48. It is clear from the above that, from the start, the IDI approached State immunities as evolving in time, certainly not static nor immutable, and having limitations or exceptions (Sessions of Hamburg of 1891, of Aix-en-Provence of 1954, and of Basel of 1991). The same may be said of immunities of Heads of State (Session of Vancouver of 2001). More recently (Session of Krakow of 2005), the IDI upheld universal jurisdiction over international crimes (grave violations of human rights and of international humanitarian law). And, in its most recent work on the subject (Session of Naples of 2009), the IDI held precisely that no State immunity applies with regard to international crimes (Art. III (1)); the resolution was adopted by 43 votes to none, with 14 abstentions.

[47] And Article V further stated that "The above provisions are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State."

46. Enfin et surtout, aux paragraphes 2 et 3 de l'article II de sa résolution sur *L'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux* (rapporteur, lady Fox), adoptée à sa session de Naples en 2008, l'Institut déclarait ce qui suit:

— «Conformément au droit international conventionnel et coutumier, les Etats ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate à laquelle ont droit les victimes des crimes visées par la présente résolution.
— Les Etats devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis des crimes internationaux.»

47. De plus, dans la même résolution, adoptée à Naples en 2009, l'IDI ajoute, de manière significative (art. III, par. 1 et 3, *a)* et *b)*):

— «Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux...
— Les dispositions ci-dessus sont sans préjudice de:
  — la responsabilité en vertu du droit international de toute personne visée aux paragraphes précédents;
  — l'imputation à un Etat des actes de cette personne qui sont constitutifs de crimes internationaux.»[47]

L'article IV de la même résolution ajoute que, dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un Etat, les dispositions ci-dessus «ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet Etat peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat».

48. Il ressort de ce qui précède que, dès le départ, l'IDI a envisagé les immunités de l'Etat comme évoluant avec le temps et assurément pas comme statiques ni immuables, et comme sujettes à limitations ou exceptions (sessions de Hambourg en 1891, d'Aix-en-Provence en 1954 et de Bâle en 1991). On peut dire la même chose des immunités des chefs d'Etat (session de Vancouver en 2001). Plus récemment (session de Cracovie en 2005), l'IDI a confirmé la compétence universelle vis-à-vis des crimes internationaux (violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire). Et, dans le cadre de ses travaux les plus récents sur le sujet (session de Naples en 2009), l'IDI a précisément indiqué que l'Etat ne jouissait d'aucune immunité en cas de crimes internationaux (art. III, par. 1); la résolution en question a été adoptée par 43 voix contre zéro, avec 14 abstentions.

[47] Et l'article IV ajoute: «Dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un Etat, les dispositions qui précèdent ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet Etat peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat.»

49. In the debates of that *confrèrie* which preceded the adoption of the aforementioned resolution of Naples of 2009, the following views were, *inter alia*, expressed: *(a)* State-planned and State-perpetrated crimes, engaging State responsibility, removed any bar to jurisdiction, at national and international levels, so as to avoid impunity (interventions by A. A. Cançado Trindade); *(b)* State immunity from jurisdiction cannot be understood as immunity from criminalization (interventions by G. Abi-Saab); *(c)* emphasis is to be laid on the need to avoid leaving the victims without any remedy (intervention by G. Burdeau); *(d)* there is need to take such progressive approach (intervention by R. Lee)[48].

50. The other learned institution aforementioned, the International Law Association (ILA), dwelt upon the matter as well. In its final report on *The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences* (Conference of London of 2000), the ILA Committee on International Law and Practice employed the term "gross human rights offences" as shorthand for "serious violations of international humanitarian law and international human rights law that qualify as crimes under international law and that are of such gravity as to set them out as deserving special attention, *inter alia*, through their being subjected to universal jurisdiction" (p. 3). One of the "conclusions and recommendations" (No. 4) reached by that ILA Committee was that:

> "No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in an official capacity." (P. 21.)

51. One decade later, in its report on *Reparation for Victims of Armed Conflict* (ILA Conference of The Hague of 2010), the ILA Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict (substantive issues) observed, in the commentary on Article 6 of its draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues), that the duty to make reparation has "its roots in general principles of State responsibility" (as expressed by the PCIJ in the *Chorzów Factory* case, 1928), in Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 and in Article 91 of the I Additional Protocol of 1977 to the four Geneva Conventions of 1949 (p. 311). And the ILA Committee added that:

> "Whilst claims of the individual were traditionally denied, the dominant view in the literature has increasingly come to recognize an individual right to reparation — not only under international human rights law, but also under international humanitarian law. The same shift is discernible in State practice."[49] (P. 312.)

---

[48] Cf. 73 *Annuaire de l'Institut de droit international* — Session de Naples (2009), pp. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 and 225.

[49] And cf. pp. 313-320, on the changes that have occurred in recent years, pointing towards the recognition of the individual's right to reparation (cf. *infra*, on this particular point).

49. Lors des débats de l'Institut qui ont précédé l'adoption à Naples en 2009 de la résolution susmentionnée, les vues ci-après ont notamment été exprimées: *a)* les crimes planifiés et perpétrés par l'Etat, qui engagent la responsabilité de celui-ci, lèvent tout obstacle à la compétence aux niveaux national et international, de manière à éviter l'impunité (interventions de A. A. Cançado Trindade); *b)* l'immunité de juridiction de l'Etat ne saurait être interprétée comme l'immunité de juridiction pénale (interventions de G. Abi-Saab); *c)* il faut mettre l'accent sur la nécessité de ne pas laisser les victimes sans aucun recours (intervention de G. Burdeau); *d)* il faut adopter une approche progressiste (intervention de R. Lee)[48].

50. La seconde institution savante susmentionnée, l'Association de droit international (ADI), s'est également penchée sur la question. Dans son rapport final sur *L'exercice de la compétence universelle à l'égard des atteintes graves aux droits de l'homme* (conférence de Londres, tenue en 2000), le Comité du droit international et de la pratique des Etats a utilisé l'expression «infractions graves aux droits de l'homme» pour désigner les «violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme qualifiées de crimes par le droit international et dont la gravité est telle qu'elles appellent une attention particulière, notamment en ce qu'elles relèvent de la compétence universelle» (p. 3). L'une des «conclusions et recommandations» (n° 4) du comité de l'ADI était la suivante:

> «En cas d'infractions graves aux droits de l'homme relevant de la compétence universelle, aucune immunité ne saurait être tirée du fait que les crimes ont été commis dans l'exercice de fonctions officielles.» (P. 21.)

51. Une décennie plus tard, dans son rapport sur les réparations pour les victimes de conflits armés (conférence de La Haye, tenue en 2010), le comité des réparations aux victimes de conflits armés (questions de fond) de l'ADI a fait observer, dans le commentaire relatif à l'article 6 de son projet de déclaration sur les principes du droit international relatifs aux réparations pour les victimes de conflits armés (question de fond), que l'obligation de réparer avait «son origine dans les principes généraux de la responsabilité de l'Etat» (tels qu'exprimés par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, en 1928), dans l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 et dans l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux quatre conventions de Genève de 1949 (p. 311). Et le comité de l'ADI d'ajouter:

> «Si, traditionnellement, les réclamations individuelles sont rejetées, l'opinion dominante de la doctrine reconnaît de plus en plus l'existence d'un droit individuel à réparation — non seulement en droit international des droits de l'homme, mais aussi en droit international humanitaire. On peut constater la même évolution dans la pratique des Etats.»[49] (P. 312.)

---

[48] Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, session de Naples (2009), p. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 et 225.

[49] Et voir p. 313-320, sur l'évolution qui s'est produite ces dernières années dans le sens de la reconnaissance du droit de l'individu à réparation (voir *infra* sur ce point particulier).

52. In sum and conclusion, contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually resolves the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. It is nowadays generally acknowledged that criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities cannot at all be covered up by the shield of State immunity.

VII The Threshold of the Gravity of the Breaches of Human Rights and of International Humanitarian Law

53. This brings me to the consideration of a related aspect, not sufficiently developed in expert writing to date, namely, the threshold of the *gravity* of the breaches of human rights and of international humanitarian law, removing any bar to jurisdiction, in the quest for reparation to the victimized individuals. In this respect, there have been endeavours, at theoretical level, to demonstrate the feasibility of the determination of the international criminal responsibility not only of individuals but also of States; it has been suggested that the acknowledgement of State responsibility for international crimes is emerging in general international law[50]. It goes without saying that criminal practices of States entail consequences for the determination of reparations to individual victims, each and all of them, — even more cogently from the contemporary outlook — which I advance — of an international law *for* the human person, *for* humankind[51].

54. In this line of reasoning, it is important to dwell upon the needed configuration of the threshold of the *gravity* of the breaches of human rights, with ineluctable legal consequences for the removal of any bar to jurisdiction and for the question of reparations to the victims. It is indeed important to consider nowadays all mass atrocities in the light of the threshold of *gravity*, irrespective of who committed them; this may sound evident, but there subsist in practice regrettable attempts to exempt States from any kind of responsibility. From time to time there have been attempts to construe the threshold of the gravity of breaches of human rights; this concern has been expressed at times, e.g., in the work of the

[50] N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press 2003, pp. 206-207, 231, 279-280 and 283.

[51] Cf. A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I", 316 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (2005), pp. 31-439; A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II", 317 *RCADI* (2005), pp. 19-312.

52. Pour résumer et en conclusion, la doctrine juridique internationale contemporaine, y compris les institutions savantes de droit international, concilie progressivement l'immunité de l'Etat et le droit d'accès des victimes à la justice en faveur de ces dernières, en particulier en cas de crimes internationaux. Elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de la justice et d'éviter l'impunité en cas de crimes internationaux, ce afin de garantir la non-répétition de ceux-ci à l'avenir. Il est de nos jours généralement reconnu que les politiques d'Etat criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités par les Etats ne peuvent aucunement s'abriter derrière l'immunité de l'Etat.

VII. Le seuil de gravité des atteintes aux droits de l'homme et au droit international humanitaire

53. Cela m'amène à examiner un aspect connexe de la question qui n'a pas jusqu'ici été suffisamment traité en doctrine, à savoir le seuil de *gravité* des atteintes aux droits de l'homme et au droit international humanitaire qui lève tout obstacle à la compétence dans la quête d'une réparation au bénéfice des victimes individuelles. A cet égard, on a tenté, au niveau théorique, de démontrer qu'il était possible de mettre en œuvre la responsabilité pénale internationale non seulement des individus mais aussi des Etats; on a dit que la responsabilité de l'Etat en cas de crime international commençait à être reconnue en droit international général[50]. Il va sans dire que les pratiques criminelles des Etats ont des conséquences pour la détermination des réparations au bénéfice des victimes individuelles, pour chacune d'entre elles, *a fortiori* si on se place du point de vue de la doctrine contemporaine — que je défends — d'un droit international *pour* la personne humaine, *pour* l'humanité[51].

54. Dans le même ordre d'idées, il importe de s'arrêter sur la configuration qui doit être celle du seuil de *gravité* des violations des droits de l'homme, avec les conséquences juridiques inéluctables qu'elle entraîne pour ce qui est de l'élimination de tout obstacle à la compétence et de la question des réparations au profit des victimes. Il est effectivement important de tenir compte aujourd'hui de toutes les atrocités de masse à la lumière du seuil de *gravité*, quels qu'en soient les auteurs; cela peut paraître évident, mais en pratique des tentatives regrettables visant à exonérer les Etats de tout type de responsabilité subsistent. On a tenté de temps à autre d'interpréter le seuil de gravité des violations des droits de

[50] N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2003, p. 206-207, 231, 279-280 et 283.

[51] Voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 316 (2005), p. 31-439; A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part II», *RCADI*, vol. 317 (2005), p. 19-312.

UN International Law Commission (ILC), albeit without concrete results to date.

55. In 1976, in its consideration of the draft Articles on State Responsibility (rapporteur, Roberto Ago), the ILC admitted that there were some international wrongs that were "more serious than others", that amounted to "international crimes", as they were in breach of fundamental principles (such as those of the UN Charter) "deeply rooted in the conscience of mankind", as well as of the foundations of "the legal order of international society"[52]. In acknowledging the need of recognizing such "exceptionally serious wrongs", the ILC, invoking "the terrible memory of the unprecedented ravages of the [Second World War]", pondered, still in 1976:

> "The feeling of horror left by the systematic massacres of millions of human beings perpetrated by the Nazi régime, and the outrage felt at utterly brutal assaults on human life and dignity, have both pointed to the need to ensure that not only the internal law of States but, above all, the law of the international community itself should lay down peremptory rules guaranteeing that the fundamental rights of peoples and of the human person will be safeguarded and respected; all this has prompted the most vigorous affirmation of the prohibition of crimes such as genocide, apartheid and other inhuman practices of that kind."[53]

56. One decade later, in the same line of concern, the ILC rapporteur on the draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Doudou Thiam), in his Fifth Report (of 1987) made the point that the offences at issue were "crimes which affect the very foundations of human society"[54]. Shortly later, in 1989, the same rapporteur drew attention to the concept of "grave breaches" as incorporated into the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law (1949) and Additional Protocol I (1977) thereto[55]. One decade later, in its commentary on Article 7 of the aforementioned draft Code (1996 Report), the ILC pondered that

> "It would be paradoxical to allow the individuals who are, in some respects, the most responsible for the crimes covered by the Code, to invoke the sovereignty of the State and to hide behind the immunity that is conferred on them by virtue of their positions, particularly since these heinous crimes shock the conscience of mankind, violate

[52] UN, *Yearbook of the International Law Commission* (1976), Vol. II, Part II, pp. 109 and 113-114, and cf. p. 119.

[53] *Ibid.*, p. 101.

[54] UN doc. A/CN.4/404/Corr.1, of 17 March 1987, p. 2, and cf. pp. 5-6.

[55] Cf. UN, *Yearbook of the International Law Commission* (1989), Vol. II, Part I, pp. 83-85.

l'homme; cette préoccupation a parfois été exprimée, par exemple dans les travaux de la Commission du droit international (CDI) de l'ONU, sans aboutir jusqu'ici à des résultats concrets.

55. En 1976, lors de l'examen de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats (rapporteur, Roberto Ago), la CDI a reconnu qu'il existait des faits internationalement illicites «plus graves que d'autres», qui constituaient des «crimes internationaux» du fait qu'ils portaient atteinte à des principes fondamentaux (comme ceux de la Charte des Nations Unies) «profondément enracinés dans la conscience de l'humanité» ainsi qu'aux fondements de «l'ordre juridique de la société internationale»[52]. Constatant la nécessité de reconnaître ces «illicéités exceptionnellement graves», la CDI, invoquant «le terrible souvenir des ravages sans précédent causés par [la seconde guerre mondiale]», faisait observer en 1976 encore:

> «Le sentiment d'horreur laissé par les massacres systématiques de millions d'êtres humains perpétrés par le régime nazi, l'exécration ressentie pour les atteintes les plus brutales à la vie et à la dignité de l'homme ont mis en évidence la nécessité de faire en sorte que non seulement le droit interne des Etats mais avant tout le droit de la communauté internationale elle-même énoncent des règles impératives pour la sauvegarde et le respect des droits fondamentaux des peuples et de l'être humain — tout cela a poussé à l'affirmation la plus énergique de l'interdiction de crimes tels que le génocide, l'apartheid et d'autres pratiques inhumaines du même genre.»[53]

56. Une décennie plus tard, dans le même souci, le rapporteur spécial de la CDI pour le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Doudou Thiam) faisait observer dans son cinquième rapport (1987) que les infractions en cause étaient des «crimes qui portent atteinte aux fondements mêmes de la société humaine»[54]. Peu après, en 1989, le même rapporteur spécial a appelé l'attention sur la notion d'«infractions graves» consacrée dans les quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire et le protocole additionnel I (1977) y relatif[55]. Une décennie plus tard, dans son commentaire de l'article 7 du projet de code susmentionné (rapport de 1996), la CDI faisait l'observation suivante:

> «Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le Code puissent invoquer la souveraineté de l'Etat et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions, d'autant plus qu'il s'agit de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des

[52] Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 2e partie, p. 109 et 113-114; voir aussi p. 119.

[53] *Ibid.*, p. 94.

[54] Nations Unies, doc. A/CN.4/404/Corr.1 du 17 mars 1987, p. 2; voir aussi p. 5 et 6.

[55] Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II, 1re partie, p. 83-85.

> some of the most fundamental rules of international law and threaten international peace and security."[56]

57. Grave breaches of international law were to make their appearance again in the 2001 Articles on State Responsibility, then adopted by the ILC. Article 40 defines as "serious breach" of an obligation under "a peremptory norm of general international law" that which involves "a gross or systematic failure by the responsible State" to fulfil the obligation. Article 41 again refers to "serious breach". The commentary to those provisions underlines the "systematic, gross or egregious nature" of the breaches at issue[57]. Those breaches engage *State* responsibility, which is not effaced by the international *individual* criminal responsibility[58]. State responsibility, in case of grave breaches, subsists in general international law. State and individual responsibility complement each other, as developments in international human rights law and in international criminal law indicate nowadays.

58. Moreover, in cases of grave breaches of human rights, the States concerned incur into responsibility for grave harm done ultimately to individuals, to human beings, and not to other States. The ILC itself so admitted, in its 2001 final Report, containing the commentaries on the Articles it had just adopted. The ILC conceded that:

> "a State's responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the treaty, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights"[59].

59. In sum, the *titulaires* of the right to reparation are the individuals concerned, the victimized human beings. In the perpetration of grave breaches of human rights and of international humanitarian law, the criminality of individual executioners acting in the name of States is ineluctably linked to the criminality of the responsible States themselves. After all, war crimes, crimes against peace, and crimes against humanity are committed in a planified and organized way, disclosing a collective

---

[56] ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of Its 48th Session* (6 May-26 July 1996), p. 39, para. 1 (on Article 7).

[57] J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

[58] A. A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 253-269; P. S. Rao, "International Crimes and State Responsibility", *ibid.*, pp. 76-77.

[59] "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries", UN doc. A/56/10, of 2001, Art. 33, para. 3, p. 95.

règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales.»[56]

57. Les violations graves du droit international devaient apparaître de nouveau en 2001 dans les articles sur la responsabilité de l'Etat adoptés cette année-là par la CDI. L'article 40 définit la «violation grave» d'une obligation découlant «d'une norme impérative du droit international général» comme une violation qui dénote «de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou systématique» à l'exécution de l'obligation. L'article 41 utilise également l'expression «violation grave». Le commentaire de ces dispositions souligne le «caractère systématique, flagrant ou répété» des violations en cause[57]. Ces violations engagent la responsabilité de l'*Etat*, qui n'est pas effacée par la responsabilité pénale internationale de l'*individu*[58]. La responsabilité de l'Etat subsiste en droit international général en cas de violations graves. La responsabilité de l'Etat et la responsabilité individuelle se complètent, comme l'atteste l'évolution contemporaine du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international.

58. De plus, en cas de violations graves des droits de l'homme, les Etats concernés voient leur responsabilité engagée en raison des dommages graves causés à des individus, à des êtres humains et non à d'autres Etats. La CDI elle-même l'a admis dans son rapport de 2001, dans lequel figurent les commentaires du projet d'articles qu'elle venait d'adopter. Elle a admis que:

> «la responsabilité d'un Etat [pouvait] être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties au traité en question, mais les individus concernés [devaient] être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires des droits en question»[59].

59. En résumé, les titulaires du droit à réparation sont les individus concernés, les êtres humains victimisés. Lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont commises, la criminalité des individus qui les commettent au nom des Etats est inéluctablement liée à la criminalité des Etats responsables eux-mêmes. Après tout, les crimes de guerre, les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité sont commis de manière planifiée et organisée, ce qui révèle une crimi-

---

[56] *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48e session* (6 mai-26 juillet 1996), p. 57, par. 1 (sur l'article 7).

[57] J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

[58] A. A. Cançado Trindade, «Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited», *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (dir. publ., M. Ragazzi), Leyde, Nijhoff, 2005, p. 253-269; P. S. Rao, «International Crimes and State Responsibility», *ibid.*, p. 76-77.

[59] «Projets d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites et commentaires relatifs», Nations Unies, doc. A/56/10 de 2001, art. 33, par. 3, p. 252.

criminality[60]. They count on resources of the State, they are true crimes of State. There is thus need to take into account, jointly, the international responsibility of the *State* and the international criminal responsibility of the *individual*, complementary to each other as they are[61].

60. At *normative level*, the threshold of gravity of breaches of the fundamental rights of the human person comes to the fore time and time again, even though insufficiently developed to date. There are historical moments when it has attracted particular attention, e.g., shortly after the adoption of Additional Protocol I (of 1977, Art. 85) to the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law (of 1949)[62]. The regime of grave breaches set forth in the four Geneva Conventions of 1949 (I Convention, Arts. 49-50; II Convention, Articles 50-51; III Convention, Arts. 129-130; IV Convention, Arts. 146-147) is nowadays regarded as forming part of customary international law[63].

61. At *jurisprudential level*, the threshold of gravity of human rights breaches is nowadays beginning to attract attention, and to be considered, within the framework of the emerging case law in the domain of international criminal law[64]. It has much developed, above all, in the jurisprudential construction in recent years in the domain of the international law of human rights[65]. An example is afforded by the handling of the case *Democratic Republic of the Congo* v. *Burundi, Rwanda and Uganda* (2003) by the African Commission on Human and Peoples' Rights[66]. The most notorious advances in this respect have been achieved by the jurispruden-

---

[60] R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Brussels, Bruylant/Eds. de l'Université de Brussels, 2004, pp. 24, 85, 262-264 and 286-287.

[61] *Ibid.*, pp. 294, 258, 409-410, 412, 459 and 511.

[62] Cf. E. J. Roucounas, "Les infractions graves au droit humanitaire", 31 *Revue hellénique de droit international* (1978), pp. 60-139.

[63] Cf. J.-M. Henckaerts, "The Grave Breaches Regime as Customary International Law", 7 *Journal of International Criminal Justice* (2008), pp. 683-701.

[64] Cf., e.g., W. A. Schabas, "Gravity and the International Criminal Court", *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 689-706.

[65] The gravity of certain breaches of fundamental rights (e.g., forced disappearances of persons and summary or extra-legal executions) was, early in its history, acknowledged by the IACtHR; its pioneering case law in that regard was served of inspiration to, and was followed by, the corresponding case law of the ECHR, in particular in the *cycle of Turkish cases*, towards the end of the twentieth century. Cf., e.g., J. Benzimra-Hazan, "En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes", 48 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2001), pp. 983-997; Leo Zwaak, "The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*", 10 *Leiden Journal of International Law* (1997), pp. 99-110.

[66] As I recently pointed out, in my separate opinion in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 803-804, para. 218, note 158.

nalité collective[60]. Ils utilisent les ressources de l'Etat, ils constituent de véritables crimes d'Etat. Il n'y a donc pas besoin de tenir compte, conjointement, de la responsabilité internationale de l'*Etat* et de la responsabilité pénale internationale de l'*individu*, si complémentaires soient-elles[61].

60. Au *niveau normatif*, le seuil de gravité des violations des droits fondamentaux de la personne humaine a retenu l'attention à de nombreuses reprises, même s'il n'a pas fait jusqu'ici l'objet de développements suffisants. A certains moments de l'histoire, il a particulièrement attiré l'attention, par exemple peu après l'adoption du protocole additionnel I (de 1997, art. 85) aux quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire[62]. Le régime applicable aux violations graves prévu dans les quatre conventions de Genève de 1949 (convention I, art. 49-50; convention II, art. 50-51; convention III, art. 129-130; et convention IV, art. 146-147) est désormais considéré comme faisant partie du droit international coutumier[63].

61. Sur le *plan de la jurisprudence*, le seuil de gravité des violations des droits de l'homme commence à attirer l'attention et à être envisagé dans le cadre de la jurisprudence qui se fait jour en droit pénal international[64]. Il s'est surtout beaucoup développé ces dernières années dans la construction jurisprudentielle intervenue dans le domaine du droit international des droits de l'homme[65]. Un exemple est fourni par l'affaire *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda* (2003) dont a connu la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples[66]. C'est dans la jurisprudence constituée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

---

[60] R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 24, 85, 262-264 et 286-287.

[61] *Ibid.*, p. 294, 298, 409-410, 412, 459 et 511.

[62] Voir E. J. Roucounas, «Les infractions graves au droit humanitaire», *Revue hellénique de droit international*, vol. 31 (1978), p. 60-139.

[63] Voir J.-M. Henckaerts, «The Grave Breaches Regime as Customary International Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2008), p. 683-701.

[64] Voir par exemple W. A. Schabas, «Gravity and the International Criminal Court», *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (dir. publ., C. Eboe-Osuji), Leyde, Nijhoff, 2010, p. 689-706.

[65] La gravité de certaines violations de droits fondamentaux (par exemple les disparitions forcées et les exécutions sommaires ou extrajudiciaires) a été reconnue par la CIADH peu après sa création; elle a fait œuvre de pionnière à cet égard et a inspiré la jurisprudence correspondante de la CEDH, en particulier dans le cadre du *cycle des affaires turques* vers la fin du XX[e] siècle. Voir sur ces affaires, par exemple, J. Benzimra-Hazan, «En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 48 (2001), p. 983-997; Leo Zwaak, «The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 10 (1997), p. 99-110.

[66] Comme je l'ai récemment fait observer dans mon opinion individuelle en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 803-804, par. 218, note 158.

tial construction, throughout the last decade, of the IACtHR, in the adjudication of the aforementioned cycle of cases of massacres[67].

62. Reference can here be made, in this connection, to the Judgments of the IACtHR in the cases, *inter alia*, of *the Massacre of Plan de Sánchez* v. *Guatemala* (of 29 April 2004), of the *Massacre of Mapiripán* v. *Colombia* (of 15 September 2005), of the *Massacres of Ituango* v. *Colombia* (of 1 July 2006), of *Goiburú et al.* v. *Paraguay* (of 22 September 2006 — cf. *infra*), of *Almonacid Arellano* v. *Chile* (of 26 September 2006), of the *Prison of Castro-Castro* v. *Peru* (of 25 November 2006), of *La Cantuta* v. *Peru* (of 29 November 2006). There is here space for fostering a jurisprudential convergence between the international law of human rights and contemporary international criminal law. Another area of convergence lies in the participation of the victims themselves — their *locus standi in judicio* — in the respective procedures between international human rights tribunals and international criminal tribunals.

VIII. The Question of Waiver of Claims in respect of the Right of Access to Justice in the Pleadings before the Court: Assessment

63. The question of the *waiver of claims* in respect of the *right of access to justice* (in order to seek reparation) was controverted in the arguments of the contending Parties (Germany and Italy) as well as of the intervening State (Greece) in the course of the oral pleadings before this Court. Germany contended, challenging the Italian argument of an individual right to reparation[68], that the respect for the immunity of a foreign State is a lawful limitation to the right to access to justice[69]. It further argued that there is no rule that prohibits the waiver of pecuniary claims, as the actual violation has already ceased[70]. If the argument of Italy were to be accepted — Germany went on — the whole structure of the scheme of reparations built after the Second World War would be destroyed, as massive claims could be raised both by and against Germany for violations of the laws of war by Germany and Allied Forces[71]. Germany at last claimed that the system of reparation created was comprehensive

[67] For a recent assessment, cf. [Various Authors], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (eds. E. Lambert Abdelgawad and K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, pp. 17-334.

[68] CR 2011/17, pp. 41-42, paras. 14 and 16.

[69] *Ibid.*, pp. 43-44, paras. 23-24. In this respect, Germany added that even if a right to reparation and a cause of action exist under international law, it has abided by it, since it has given full and non-discriminatory access to its Courts to all plaintiffs (Italian and Greek); *ibid.*, p. 46, para. 30.

[70] CR 2011/20, pp. 15-16, paras. 2-3.

[71] *Ibid.*, pp. 17-18, paras. 4-6.

(CIADH) tout au long de la dernière décennie dans les affaires de massacres susmentionnées que l'on trouve les avancées les plus remarquables[67].

62. On peut mentionner à cet égard les arrêts rendus par la CIADH dans les affaires, parmi d'autres, *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (29 avril 2004), *Massacre de Mapiripán c. Colombie* (15 septembre 2005), *Massacres d'Ituango c. Colombie* (1er juillet 2006), *Goiburú et autres c. Paraguay* (22 septembre 2006 — voir *infra*), *Almonacid Arellano c. Chili* (26 septembre 2006), *Prison de Castro-Castro c. Pérou* (25 novembre 2006) et *La Cantuta c. Pérou* (29 novembre 2006). Il est possible de favoriser une convergence jurisprudentielle entre le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international contemporain. Un autre point de convergence réside dans la participation des victimes elles-mêmes — leur *locus standi in judicio* — aux procédures respectives des tribunaux internationaux des droits de l'homme et des tribunaux pénaux internationaux.

VIII. La question de la renonciation aux réclamations s'agissant du droit d'accès à la justice dans la procédure devant la Cour : évaluation

63. La question de la *renonciation aux réclamations* s'agissant du *droit d'accès à la justice* (afin de demander réparation) a suscité une controverse entre les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce) lors des plaidoiries devant la Cour. L'Allemagne affirmait, contestant l'argument italien quant à l'existence d'un droit individuel à réparation[68], que le respect de l'immunité d'un Etat étranger était une limitation licite du droit d'accès à la justice[69]. Elle a en outre fait valoir qu'aucune règle n'interdisait de renoncer à des réclamations pécuniaires, la violation ayant déjà pris fin[70]. Si on acceptait l'argument de l'Italie, poursuivait l'Allemagne, l'ensemble du régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale serait mis à bas, puisque des demandes de réparations massives pourraient être formulées aussi bien par que contre l'Allemagne pour des violations des lois de la guerre par l'Allemagne et les forces alliées[71]. L'Allemagne faisait finalement valoir que le système de

[67] Pour une évaluation récente, voir [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (dir. publ., E. Lambert Abdelgawad et K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 17-334.

[68] CR 2011/17, p. 41-42, par. 14 et 16.

[69] *Ibid.*, p. 43-44, par. 23-24. A cet égard, l'Allemagne ajoutait que, même s'il existait un droit à réparation et un intérêt pour agir en droit international, elle en a tenu compte puisqu'elle a donné plein accès, sans discrimination aucune, à ses tribunaux à tous les plaignants (italiens et grecs); *ibid.*, p. 46, par. 30.

[70] CR 2011/20, p. 15-16, par. 2-3.

[71] *Ibid.*, p. 17-18, par. 4-6.

and tried to balance the interests of the victim States and those of Germany[72].

64. Italy retorted that the waiver clause of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty does not cover violations of international humanitarian law. Taking issue with the German argument, it reiterated the position that claims of reparation for grave breaches of international humanitarian law have not been waived by Italy, as they were beyond the scope of the provision of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty. Italy thus claimed that the only interpretation of that provision of the 1947 Treaty is that it does not waive reparations for violations of international humanitarian law[73]. And even if the intention were to waive all such claims against Germany — Italy added — that would be illegal, as it would absolve Germany from all war crimes committed, which was not allowed under the Geneva Conventions regime[74].

65. Addressing specifically the right to reparation of the Italian military internees, Italy referred, in this respect, to the paradoxical treatment dispensed to them, who were excluded from the reparations regime provided by the on "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation, because they were prisoners of war, whereas Nazi Germany had deprived them of this status and had used them as forced labourers[75]. Italy added that the claims of the victims of massacres cannot be considered as waived, because at the time of the alleged waiver (either in the 1947 Peace Treaty or in the 1961 Agreements) the crimes had not yet been established; moreover, the recognition of such a waiver would lead to the absurd situation of the perpetrators of these crimes being criminally responsible but not civilly liable. Such a solution would also be contrary to all modern developments of international criminal law, which recognizes that criminal responsibility and civil liability are connected[76].

---

[72] CR 2011/20, pp. 23-26, paras. 17-24. Moreover, it included a waiver by Italy of all claims against Germany, as a sanction for its participation in the Axis; *ibid.*, pp. 26-27, paras. 23-25. And the two bilateral 1961 Agreements were a gesture towards Italy in order to further improve their relations, while the waiver clause remained in full force; *ibid.*, pp. 29-30, para. 32.

[73] CR 2011/21, p. 24, para. 29, and cf. CR 2011/18, pp. 26-27, paras. 4-8.

[74] Cf. CR 2011/18, pp. 31-32, paras. 18-23; and cf., pp. 20-21, paras. 11-13, and pp. 22-23, para. 14. Italy claims that the cases of reparations that are at issue herein do not concern victims of Nazi persecution, to which reparations have been made; CR 2011/21, p. 25, para. 33. The present concern is with victims such as the military internees, who have not received any reparation.

[75] CR 2011/18, p. 33, para. 28.

[76] *Ibid.*, p. 34, paras. 29-30. Moreover, Italy notes that, as Germany conceded, even those *ex gratia* reparations were only partial; CR 2011/21, pp. 25-26, paras. 34-35. Italy claims that there are a significant number of Italian citizens who are entitled to reparation and who have not yet received any. Italy thus claimed that their only avenue for redress is through the Italian courts, which would not have lifted Germany's immunity had the German Government agreed to take measures in order to offer them the reparations they are entitled to; CR 2011/18, pp. 13-14, para. 11.

réparation mis en place était complet et visait à réaliser un équilibre entre les intérêts des Etats victimes et ceux de l'Allemagne[72].

64. L'Italie répliqua que la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ne couvrait pas les violations du droit international humanitaire. Contestant l'argument allemand, elle réitéra sa position selon laquelle elle n'avait pas renoncé aux demandes de réparation pour violations graves du droit international humanitaire car celles-ci n'entraient pas dans le champ d'application du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. L'Italie faisait ainsi valoir que la seule interprétation de cette disposition du traité de 1947 était qu'elle ne constituait pas une renonciation aux demandes de réparation à raison des violations du droit international humanitaire[73]. Même si l'intention avait été de renoncer à toutes les réclamations de ce type contre l'Allemagne, ajoutait l'Italie, la disposition aurait été illicite, car elle absoudrait l'Allemagne de tous les crimes de guerre commis, ce que n'autorise pas le régime des conventions de Genève[74].

65. Evoquant plus précisément le droit à réparation des internés militaires italiens, l'Italie a souligné le traitement paradoxal qui leur a été réservé: ils avaient été exclus du système de réparation mis en place avec la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» parce qu'ils étaient des prisonniers de guerre, alors même que l'Allemagne nazie les avait privés de ce statut pour les utiliser comme travailleurs forcés[75]. L'Italie ajoutait que les réclamations des victimes de massacres ne pouvaient être considérées comme ayant fait l'objet d'une renonciation parce qu'à l'époque de la prétendue renonciation (soit dans le cadre du traité de paix de 1947, soit dans le cadre des accords de 1961) les crimes en question n'avaient pas encore été établis; de plus, reconnaître une telle renonciation aboutirait à la situation absurde dans laquelle les auteurs de ces crimes seraient responsables pénalement mais pas civilement. Une telle solution irait également à l'encontre de l'évolution récente du droit pénal international, qui atteste que la responsabilité pénale et la responsabilité civile pour crime de guerre vont de pair[76].

---

[72] CR 2011/20, p. 23-26, par. 17-24. De plus, il comprenait une renonciation par l'Italie à toutes les réclamations contre l'Allemagne, à titre de sanction pour sa participation à l'Axe; *ibid.*, p. 26-27, par. 23-25. Et les deux accords bilatéraux de 1961 ont été un geste en direction de l'Italie qui visait à améliorer encore les relations entre les deux Etats, tandis que la clause de renonciation demeurait pleinement en vigueur; *ibid.*, p. 29-30, par. 32.

[73] CR 2011/21, p. 24, par. 29, et CR 2011/18, p. 26-27, par. 4-8.

[74] Voir CR 2011/18, p. 31-32, par. 18-23; voir aussi p. 20-21, par. 11-13, et p. 22-23, par. 14. L'Italie soutient que les affaires de réparation qui sont en cause ne concernent pas les victimes des persécutions nazies, qui ont déjà bénéficié de réparations; CR 2011/21, p. 25, par. 33. Il est question ici des victimes telles que les internés militaires, qui n'ont pas reçu de réparations.

[75] CR 2011/18, p. 33, par. 28.

[76] *Ibid.*, p. 34, par. 29-30. De plus, l'Italie relève que, comme l'a admis l'Allemagne, ces réparations accordées *ex gratia* n'étaient que partielles; CR 2011/21, p. 25-26, par. 34-35. L'Italie soutient qu'un nombre important de citoyens italiens ont droit à réparation et n'en ont encore reçu aucune. L'Italie fait valoir que les juridictions italiennes étaient ainsi la seule voie de recours de ces victimes, et qu'elles n'auraient pas refusé d'accorder l'immunité à l'Allemagne si le Gouvernement allemand avait accepté de prendre des mesures pour accorder à ces victimes les réparations auxquelles elles avaient droit; CR 2011/18, p. 13-14, par. 11.

66. Greece, for its part, contended that Greek courts have accepted the existence of an individual right to reparation for grave violations of international humanitarian law, based on Article 3 of the 1907 Hague Convention (IV)[77], Article 91 of the 1977 Additional Protocol I[78], Rule 150 of the ICRC International Humanitarian Law Codification[79] (of customary international law, cf. *supra*), Article 33 (2) of the ILC Articles on State Responsibility[80], and international practice. This is a point which was particularly stressed by Greece (cf. para. 147, *infra*), and which is deserving of close attention.

67. In effect, at an earlier stage of the proceedings in this case, I deemed it fit to address this point, in my dissenting opinion in the Court's Order (which dismissed the Italian counter-claim) of 6 July 2010. Article 3 of the 1907 Hague Convention (IV) determines that a belligerent State party that violates the provisions of the Regulations annexed thereto is responsible for all acts committed by members of its armed forces, and "liable to pay compensation". The *travaux préparatoires* of this provision (originated in a proposal by the German delegate) supported the view that the indemnization was due to the individual persons who were victims of the aforementioned violations[81].

68. Seven decades later, this provision was updated by Article 91 of Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law. There was no controversy nor dissent (neither in 1907 nor in 1977) as to the recognition of State responsibility for breaches of the 1907 Regulations and the ensuing duty of the State concerned to provide indemnization to the individual victims[82]. To this effect, in my aforementioned dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010, I pondered that:

> "In the days of the historical Second Peace Conference, held here in The Hague, the participating States decided to set forth a general obligation, incumbent on *all* parties to an armed conflict, to make reparations (not only on the part of the defeated States in favour of the victorious powers, as was the case in previous State practice). This was done *on the basis of a German proposal*, which resulted in Article 3 of the Fourth Hague Convention[83], and is the first provision dealing

[77] CR 2011/19, p. 17, para. 28.

[78] *Ibid.*, p. 32, para. 77.

[79] *Ibid.*, p. 32, para. 78.

[80] *Ibid.*, p. 34, para. 85.

[81] F. Kalshoven, "Article 3 of the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907", *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (eds. H. Fujita, I. Suzuki and K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, pp. 34-36.

[82] This — it has been argued — reflected "established customary law"; *ibid.*, pp. 36-37.

[83] Article 3 states: "A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations [Regulations respecting the laws and customs of war on land, annexed to

66. La Grèce, pour sa part, affirmait que les tribunaux grecs avaient accepté l'existence d'un droit individuel à réparation pour les violations graves du droit international humanitaire, sur le fondement de l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907[77], de l'article 91 du protocole additionnel I de 1977[78], de la règle 150 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire[79] (le droit international coutumier, voir *supra*), du paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat[80] et de la pratique internationale. C'est un point sur lequel la Grèce a particulièrement insisté (voir par. 147 *infra*) et qui mérite qu'on l'étudie de près.

67. En effet, à un stade antérieur de la présente instance, j'ai jugé bon de me pencher sur ce point dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour (qui a rejeté la demande reconventionnelle italienne) du 6 juillet 2010. L'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 dispose qu'un Etat belligérant qui violerait les dispositions du règlement annexé à la convention sera responsable de tous les actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées et «sera tenu à indemnité». Les travaux préparatoires de cette disposition (qui a son origine dans une proposition du représentant de l'Allemagne) étayent l'idée que l'indemnisation était due aux victimes individuelles des violations susmentionnées[81].

68. Soixante-dix ans plus tard, cette disposition a été actualisée par l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Il n'y a eu ni controverse ni contestation (que ce soit en 1907 ou en 1977) s'agissant de reconnaître la responsabilité de l'Etat à raison des violations du règlement de 1907 et de l'obligation en découlant pour l'Etat concerné d'indemniser les victimes individuelles[82]. Dans le même ordre d'idées, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010, je faisais l'observation suivante:

> «A l'époque de la deuxième conférence de la paix historique, tenue ici, à La Haye, les Etats participants décidèrent d'instituer une obligation générale d'accorder des réparations, incombant à *toutes* les parties à un conflit armé (et non seulement aux Etats vaincus en faveur des puissances victorieuses, comme dans le cadre de la pratique étatique antérieure). Cette idée fut réalisée *sur la base d'une proposition allemande* qui aboutit à l'article 3 de la convention IV de La Haye[83],

[77] CR 2011/19, p. 17, par. 28.
[78] *Ibid.*, p. 32, par. 77.
[79] *Ibid.*, p. 32, par. 78.
[80] *Ibid.*, p. 34, par. 85.
[81] F. Kalshoven, «Article 3 of the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907», *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (dir. publ., H. Fujita, I. Suzuki et K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, p. 34-36.
[82] Cela, a-t-on fait valoir, reflétait le «droit coutumier et établi»; *ibid.*, p. 36-37.
[83] Aux termes de l'article 3: «La partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement [règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la

specifically with a *reparation* regime for violations of international humanitarian law[84]. Thanks to the reassuring German proposal, Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907 clarified that it was intended *to confer rights directly upon individuals*[85], *human beings*, rather than States.

This legacy of the Second Hague Peace Conference of 1907 projects itself to our days[86]. The time projection of the suffering of those subjected to deportation and sent to forced labour in the Second World War (period 1943-1945) has been pointed out in expert writing, also in relation to the prolonged endeavours of the victims to obtain reparation. (. . .) Not only had those victims to endure inhuman and degrading treatment, but later crossed the final limit of their ungrateful lives living with impunity, without reparation and amidst manifest injustice. The time of human justice is definitively not the time of human beings." (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010 (I)*, pp. 374-375, paras. 116-118).

IX. The Inadmissibility of Inter-State Waiver of the Rights of the Individuals, Victims of Grave Violations of International Law

69. The relevance of the individual right of access to justice is thus beyond question. In case of those grave breaches, the individual victims can thus invoke the responsibility of the State concerned on their own

---

the IV Hague Convention] shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces."

[84] This Article of the Fourth Hague Convention of 1907 came to be regarded as being also customary international law, and it was reiterated in Article 91 of the I Additional Protocol (of 1977) to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law. Article 91 (Responsibility) of the I Protocol states: "A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces."

[85] Cf., to this effect, Eric David, "The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land", *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation*, *op. cit. supra* note 81, pp. 50-53; and cf. also, e.g., F. Kalshoven, "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces", 40 *International and Comparative Law Quarterly* (1991), pp. 831-833; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006, p. 400.

[86] For a general reassessment of that 1907 Conference on the occasion of its centennial commemoration in 2007, cf. : [Various Authors], *Actualité de la conférence de La Haye de 1907, deuxième conférence de la paix /Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (ed. Yves Daudet), Leiden, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2008, pp. 3-302.

la première disposition prévoyant expressément un régime de *réparation* à raison de violations du droit international humanitaire[84]. Grâce à la proposition rassurante de l'Allemagne, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 indiquait clairement qu'il entendait *conférer des droits directement aux individus*[85], *aux êtres humains*, plutôt qu'aux Etats.

Cet héritage de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907 conserve son empreinte jusqu'à nos jours[86]. Le prolongement temporel des souffrances de ceux qui furent déportés et astreints au travail forcé au cours de la seconde guerre mondiale (pendant la période allant de 1943 à 1945) a été souligné en doctrine, également en ce qui concerne les longs efforts des victimes en vue d'obtenir réparation... Non seulement ces victimes subirent un traitement inhumain et dégradant, mais elles arrivèrent par la suite au bout de leur vie ingrate après avoir assisté à l'impunité, sans obtenir de réparation et dans une situation d'injustice flagrante. Le temps de la justice humaine n'est décidément pas celui des êtres humains.» (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010 (I)*, p. 374-375, par. 116-118.)

IX. Les États ne peuvent, dans le cadre de leurs relations, renoncer à des droits appartenant à des individus victimes de violations graves du droit international

69. La pertinence du droit individuel d'accès à la justice ne saurait donc être remise en cause. Dans le cas de ces violations graves, les victimes peuvent ainsi invoquer la responsabilité de l'Etat concerné de leur propre initiative et

---

convention IV de La Haye] sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.»

[84] Cet article de la convention IV de La Haye de 1907 finit par être considéré comme relevant également du droit international coutumier et fut repris à l'article 91 du protocole additionnel I (de 1977) aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Aux termes de l'article 91 («Responsabilité») du protocole I: «La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées.»

[85] Voir en ce sens Eric David, «The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land», *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation*, *op. cit. supra* note 81, p. 50-53; voir aussi, par exemple, F. Kalshoven, «State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), p. 831-833; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2e éd., Oxford University Press, 2006, p. 400.

[86] Pour un réexamen général de cette conférence de 1907 à l'occasion de la commémoration de son centenaire en 2007, voir [divers auteurs], *Actualité de la conférence de La Haye de 1907, deuxième conférence de la paix/Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (dir. publ., Yves Daudet), Leyde, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 3-302.

initiative, and without the intermediation of any State; they can do so as subjects of the law of nations, and in conformity with the rule of law — as nowadays reckoned by the United Nations — at national and international levels. The traditional theory of the "act of State" cannot at all be relied upon, in face of grave breaches of human rights and of international humanitarian law by the State concerned.

70. In such circumstances, it is the individual victim's right of access to justice, to seek reparation, that prevails. In sum, Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 and Article 91 of Additional Protocol I of 1977 confer the right to reparation at international level to victims of those grave breaches. And the responsible States are bound to provide them such reparation. A vast practice to this effect has developed in recent years, in the domain of the *corpus juris* of the international law of human rights, marking — being one of the multiple aspects of — the emancipation of the individuals from their own State, in the vindication of the rights inherent to them[87].

71. Also in my dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010 in the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State*, I furthermore set forth the foundations of my position that a State can waive only claims on its own behalf, but not claims on behalf of human beings pertaining to their own rights, as victims of grave violations of international law. The rights of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law subsist, their vindication cannot be waived by their States, or by States *inter se*, on their behalf (paras. 114-115). Any purported waiver to that effect would be deprived of any juridical effects (paras. 151 and 153). And I added, in that same dissenting opinion, that:

> "In any case, any purported waiver by a State of the rights inherent to the human person would, in my understanding, be against the international *ordre public*, and would be deprived of any juridical effects. To hold that this was not yet recognized at the time of the Second World War and the 1947 Peace Treaty — a view remindful of the old positivist posture, with its ineluctable subservience to the established power — would be, in my view, without foundation. It would amount to conceding that States could perpetrate crimes against humanity with total impunity, that they could systematically perpetrate manslaughter, humiliate and enslave people, deport them and subject them to forced labour, and then hide themselves behind the shield of a waiver clause negotiated with other State(s), and try

[87] Cf. A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State — The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law — Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser *et alii*), Zurich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; R. P. Mazzeschi, "Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview", 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003), pp. 343 and 345-347; M. Frulli, "When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case", *ibid.*, pp. 424 and 427.

sans passer par l'intermédiaire d'un Etat; elles peuvent le faire en tant que sujets du droit des nations et conformément à l'état de droit — tel qu'il est aujourd'hui reconnu par l'Organisation des Nations Unies — aux niveaux national et international. La théorie classique de l'«act of State» ne peut absolument pas être invoquée face à des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire par l'Etat concerné.

70. Dans de telles circonstances, c'est le droit de la victime d'accéder à la justice pour demander réparation qui prévaut. En résumé, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 et l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 confèrent aux victimes de ces violations graves un droit de réparation au niveau international. Et les Etats responsables sont tenus de leur accorder cette réparation. Une vaste pratique s'est fait jour en ce sens ces dernières années dans le domaine du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, qui dénote l'émancipation des individus de la tutelle de leur Etat de nationalité dans la défense des droits qui leur sont inhérent , et est l'un des multiples aspects de cette émancipation[87].

71. Dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, j'exposais en outre les fondements de ma position selon laquelle un Etat ne peut renoncer qu'aux revendications formulées en son propre nom, et non aux revendications formulées au nom d'êtres humains et concernant des droits propres à ceux-ci en tant que victimes de violations graves du droit international. Les droits des victimes de violations graves du droit international et du droit international humanitaire subsistent et leurs Etats de nationalité ne sauraient y renoncer en leur nom ni *inter se* (par. 114-115). Une renonciation de ce type serait privée de tout effet juridique (par. 151 et 153). Et j'ajoutais, dans la même opinion dissidente:

> «En tout état de cause, toute prétendue renonciation par un Etat aux droits inhérents à la personne humaine serait, à mon avis, contraire à l'ordre public international et dépourvue de tout effet juridique. Soutenir que cela n'était pas encore reconnu à l'époque de la seconde guerre mondiale et du traité de paix de 1947 — un point de vue rappelant l'ancienne conception positiviste et sa servilité inéluctable envers le pouvoir établi — serait à mon avis infondé. Cela reviendrait à reconnaître que les Etats pourraient perpétrer des crimes contre l'humanité en toute impunité, qu'ils pourraient systématiquement commettre des actes d'homicide, humilier les personnes, les réduire en esclavage, les déporter et les astreindre au travail forcé, pour s'abriter ensuite derrière une clause de renonciation négociée

[87] Voir A. A. Cançado Trindade, «The Emancipation of the Individual from His Own State — The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations», *Human Rights, Democracy and the Rule of Law — Liber Amicorum L. Wildhaber* (dir. publ., S. Breitenmoser *et al.*), Zurich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, p. 151-171; R. P. Mazzeschi, «Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), p. 343 et 345-347; M. Frulli, «When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case», *ibid.*, p. 424 et 427.

to settle all claims by means of peace treaties with their counterpart State(s).

Already in the times of the Third Reich, and before them, this impossibility was deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, which is, in my understanding, the ultimate *material* source of all law. To hold that enforced labour was not prohibited at the time of the German Third Reich would not stand (. . .), not even on the basis on the old positivist dogmas. It does not stand at all, neither in times of armed conflict, nor in times of peace. The gradual restrictions leading to its prohibition, so as to avoid and condemn abuses of the past against the human person, became manifest not only in the domain of international humanitarian law, but also in that of the regulation of labour relations (proper of the international Conventions of the International Labour Organization — ILO). In my own perception, even before all those instruments (. . .), enslavement and forced labour were proscribed by human conscience, as the gross abuses of the past weighed too heavily on this latter." (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 377-378, paras. 124-125.)

72. Here, once again, one ought to go beyond the strict inter-State level. Still in my earlier dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010 (counter-claim) in the present case, I further pointed out that my own conception of international law, quite distinct from that of the Court's majority,

"goes well beyond the strict inter-State outlook, so as to reach the ultimate bearers *(titulaires)* of rights, the human beings, confronted with waiver of their claims of reparation of serious breaches of their rights by States supposed to protect, rather than to oppress, them.

States may, if they so wish, waive claims as to *their own* rights. But they cannot waive claims for reparation of serious breaches of rights that *are not* theirs, rights that are inherent to the human person. Any purported waiver to this effect runs against the international *ordre public*, is in breach of *jus cogens*. This broader outlook, in a higher scale of *values*, is in line with the vision of the so-called 'founding fathers' of the law of nations (the *droit des gens*, the *jus gentium*), and with what I regard as the most lucid trend of contemporary international legal thinking.

One cannot build (and try to maintain) an international legal order over the suffering of human beings, over the silence of the innocent destined to oblivion. At the time of mass deportation of civilians, sent to forced labour during the *two* World Wars (in 1916-1918 and in 1943-1945) of the twentieth century (and not only the Second World War), everyone already knew that that was a *wrongful* act, an atrocity, a serious violation of human rights and of international humanitarian

avec un ou plusieurs autres Etats, en essayant de régler toute revendication au moyen de traités de paix avec l'Etat ou les Etats respectif(s).

A l'époque du III[e] Reich, comme avant celle-ci, cette impossibilité était déjà profondément ancrée dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle* qui représente à mon avis la source *matérielle* ultime de tout le droit. Déclarer que le travail forcé n'était pas interdit à l'époque du III[e] Reich allemand ne serait pas tenable ..., même en vertu des anciens dogmes positivistes. Une telle affirmation n'est point tenable ni en temps de conflit armé, ni en temps de paix. Les restrictions progressives ayant abouti à l'interdiction du travail forcé, de manière à éviter et à condamner les abus commis contre la personne humaine dans le passé, se manifestèrent non seulement dans le domaine du droit international humanitaire, mais également dans celui de la réglementation des relations de travail (propre aux conventions internationales de l'Organisation internationale du Travail ou OIT). A mon avis, même avant l'apparition de tous ces instruments ..., l'esclavage et le travail forcé étaient proscrits par la conscience humaine, qui était trop marquée par le poids des abus flagrants du passé.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 377-378, par. 124-125.)

72. Il faut ici, une fois encore, dépasser la stricte perspective interétatique. Toujours dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle), je faisais observer que ma propre conception du droit international, tout à fait distincte de celle de la majorité des membres de la Cour,

«[allait] bien au-delà de la stricte perspective interétatique pour toucher les titulaires ultimes des droits, les êtres humains, confrontés à la renonciation à leurs créances concernant la réparation des violations graves de leurs droits par les Etats censés les protéger, et non les opprimer.

Les Etats sont libres de renoncer à des revendications portant sur *leurs propres* droits. Mais ils ne sauraient renoncer aux revendications portant sur la réparation de violations graves de droits qui *ne sont pas* les leurs, de droits qui sont inhérents à la personne humaine. Toute prétendue renonciation en ce sens est contraire à l'ordre public international et constitue une violation du *jus cogens*. Cette perspective plus large, dans le cadre d'une échelle de *valeurs* supérieure, est conforme à la vision des «pères fondateurs» du droit des gens (le *jus gentium*), ainsi qu'à ce qui représente à mon avis le courant le plus lucide de la pensée internationaliste contemporaine.

On ne saurait bâtir (et tenter de maintenir) un ordre juridique international sur la souffrance d'êtres humains, sur le silence des innocents voués à l'oubli. A l'époque où des civils furent déportés en masse et furent envoyés au travail forcé au cours des *deux* guerres mondiales (en 1916-1918 et en 1943-1945) du XX[e] siècle (et non pas uniquement pendant la seconde guerre mondiale), nul n'ignorait qu'il s'agissait là d'un acte *illicite*, d'une atrocité, d'une violation grave des

law, which came to be reckoned as amounting also to a war crime and a crime against humanity. Above the will stands conscience, which is, after all, what moves the law ahead, as its ultimate *material* source, removing manifest injustice." (*I.C.J. Reports 2010 (1)*, pp. 396-397, paras. 177-179.)

X. Positions of the Contending Parties as to the Right of Access to Justice

73. Germany and Italy understand the right to access to justice in fundamentally different ways. Both agree that access to justice is a fundamental right with two (complementary) components, namely, the right to an effective remedy and the right to a fair trial[88], but they disagree as to its scope and the consequences of its exercise in the case at issue. Germany argues that the right of access to justice entails an obligation the extent of which is limited to the guarantee of unimpeded and non-discriminatory access to nationals and aliens alike to effective remedies and to a fair trial[89], whereas Italy understands the right as entailing an obligation of satisfaction of the complaining party; it expands the right of access to justice to the outcome of the case and it argues that an aggrieved party[90] that has no other avenue ought to be allowed to seek an effective remedy before its national courts, even against a foreign State, and that in such case immunity has to be lifted in order to avoid a denial of justice[91].

74. Germany construes the right of access to justice very narrowly and argues that it is limited to the access to the judicial system of the *forum* State without discrimination and with full procedural rights. In this sense, Italian citizens have had full access to judicial remedies under German law, up to the Federal Constitutional Court[92]; while Greek citizens had exactly the same opportunity[93]. Furthermore, Germany distinguishes the access to justice and the right to an effective remedy from the question whether a "plaintiff has a genuine legal claim which he/she can assert"[94].

75. According to Germany, there is no individual right to reparation arising out of war crimes and other violations of international humanitarian law and consequently no (corollary) right of action. Similarly, the Peace Treaty of 1947 and the Agreement of 1961 provide for an inter-State reparation regime for injuries to Italian nationals due to the war

[88] CR 2011/17, p. 43, para. 24; Counter-Memorial of Italy, para. 4.88.
[89] Reply of Germany, p. 19, para. 34; CR 2011/17, p. 45, paras. 28-29.
[90] CR 2011/18, p. 62, para. 27.
[91] Counter-Memorial of Italy, p. 80, para. 4.103.
[92] Reply of Germany, p. 19, para. 34.
[93] CR 2011/17, p. 45, para. 30.
[94] Reply of Germany, p. 20, para. 34.

droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui finit par être reconnue comme un crime de guerre et un crime contre l'humanité. La conscience, supérieure à la volonté, fait progresser le droit, dont elle est la source *matérielle* ultime, en éliminant l'injustice manifeste.» (*C.I.J. Recueil 2010 (1)*, p. 396-397, par. 177-179.)

X. Positions des Parties quant au droit d'accès à la justice

73. L'Allemagne et l'Italie entendent le droit d'accès à la justice de manières fondamentalement différentes. Toutes deux conviennent que l'accès à la justice est un droit fondamental comprenant deux éléments (complémentaires), à savoir le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable[88], mais elles ne sont pas d'accord quant à sa portée et aux conséquences de son exercice en l'espèce. L'Allemagne fait valoir que le droit d'accès à la justice implique une obligation qui se limite à garantir de la même manière aux nationaux et aux étrangers un accès sans entrave et non discriminatoire à des recours effectifs et à un procès équitable[89], alors que l'Italie interprète ce droit comme impliquant une obligation de satisfaction à l'égard de la partie demanderesse ; elle élargit le droit d'accès à la justice aux résultats de l'instance et elle fait valoir qu'une partie lésée[90] qui n'a aucune autre voie de recours doit être autorisée à demander une réparation effective devant ses tribunaux nationaux, même à l'encontre d'un Etat étranger, et que dans un tel cas, pour éviter un déni de justice, l'immunité doit être refusée[91].

74. L'Allemagne interprète le droit d'accès à la justice très étroitement et fait valoir qu'il se limite à l'accès au système judiciaire de l'Etat du for sans discrimination et avec tous les droits procéduraux. En ce sens, les citoyens italiens ont eu pleinement accès aux diverses voies de recours que leur ouvrait la loi allemande, ce jusqu'à la Cour constitutionnelle fédérale[92] ; et les citoyens grecs ont eu exactement la même possibilité[93]. De plus, l'Allemagne distingue l'accès à la justice et le droit à un recours effectif de la question de savoir si le «plaignant est ou non juridiquement fondé à présenter une réclamation»[94].

75. Selon l'Allemagne, il n'existe pas de droit individuel à réparation à raison des crimes de guerre et autres violations du droit international humanitaire et, en conséquence, pas de droit d'agir (correspondant). De même, le traité de paix de 1947 et l'accord de 1961 constituent un régime interétatique de réparation des dommages causés à des Italiens par la guerre qui ne sau-

[88] CR 2011/17, p. 43, par. 24 ; contre-mémoire de l'Italie, par. 4.88.
[89] Réplique de l'Allemagne, p. 19, par. 34 ; CR 2011/17, p. 45, par. 28-29.
[90] CR 2011/18, p. 62, par. 27.
[91] Contre-mémoire de l'Italie, p. 80, par. 4.103.
[92] Réplique de l'Allemagne, p. 19, par. 34.
[93] CR 2011/17, p. 45, par. 30.
[94] Réplique de l'Allemagne, p. 20, par. 34.

and that cannot be changed retroactively[95]. In addition, Germany argues that the common interpretation of Article 3 of the 1907 Hague Convention and the 1949 Geneva Conventions is in the sense that they do not create an individual right to compensation[96]. It also notes that more recent developments, such as the UN General Assembly resolution 60/147 (2005) or the draft ILA Report (2010) on reparation of victims of armed conflict that refer to such an individual right are not based on an existing customary or conventional rule of international law but rather propose the introduction of new rules[97]. Thus, the decisions of German courts in these cases are not a denial of justice but a recognition that the Italian nationals do not have the substantive rights they claim.

76. Even if such a right of action and to reparation were to be recognized, Germany argues that it has not violated it. Full access to all levels of the German judicial system was granted to all claimants and there has been no accusation of a violation of the procedural rights of Italian or Greek citizens; nor was there any discrimination against them due to their nationality[98]. Germany at last argues that if the right of access to justice were to be interpreted as allowing an individual who has not been successful in his/her claims before the Courts of the State (that allegedly violated his/her rights) to sue such State before Courts of a foreign State (and maybe before Courts of more than one State successively or simultaneously), then a serious case of "forum shopping" could emerge[99].

77. For its part, and quite distinctly, Italy argues that an individual right to reparation and a parallel cause of action for war damages exist. In its view, the origin of this right lies in the post-Second World War arrangements of the Treaty of Versailles (Art. 304) and the creation of the Mixed Arbitral Tribunals; it recognizes, however, that this path was not followed after the Second World War[100]. Nevertheless, it argues that, with the exception of the existence of an alternative international procedure, access to domestic remedies cannot be barred[101]. In fact, Italian courts have allowed lawsuits against Italy, despite the Peace Treaty and the inter-State mechanism for compensation it provides for[102]. Italy goes further and presents the right to access to justice as understood by the different regional and global systems for the protection of human rights, and, based on a decision of the IACtHR (case *Goiburú et al.*, cf. Section XVII *infra*), it argues that the right to access to justice is a peremptory right if the substantive right violated is of the same status[103].

---

[95] Memorial of Germany, p. 12, para. 12.
[96] Reply of Germany, p. 23, para. 39.
[97] *Ibid.*, pp. 24-25, paras. 40-42.
[98] CR 2011/17, pp. 45-46, paras. 29-30.
[99] *Ibid.*, pp. 46-48, paras. 33-39.
[100] Counter-Memorial of Italy, p. 74, paras. 4.90-4.91.
[101] *Ibid.*, p. 75, para. 4.92.
[102] *Ibid.*, pp. 74-75, para. 4.91.
[103] *Ibid.*, p. 76, paras. 4.93-4.94.

rait être remis en cause rétroactivement[95]. De plus, l'Allemagne fait valoir que l'on interprète l'article 3 commun de la convention de La Haye de 1907 et des conventions de Genève de 1949 comme ne créant pas de droit individuel à indemnisation[96]. Elle souligne aussi que les textes plus récents, comme la résolution 60/147 (2005) de l'Assemblée générale des Nations Unies et le projet de l'ADI sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé, qui prévoient un tel droit individuel, ne sont pas fondés sur une règle coutumière ou conventionnelle existante du droit international mais visent à introduire des règles nouvelles[97]. Ainsi, les décisions des tribunaux allemands dans ces affaires ne constituent pas un déni de justice mais ne font que constater que les nationaux italiens n'ont pas les droits substantiels qu'ils revendiquent.

76. L'Allemagne argue de plus que, même si un tel droit d'action et à réparation devait être reconnu, elle ne l'a pas violé. L'accès intégral à tous les niveaux de l'appareil judiciaire allemand a été accordé à tous les plaignants, et l'Allemagne n'a jamais été accusée d'avoir violé les droits procéduraux de citoyens italiens ou grecs; aucune discrimination n'a non plus été exercée à leur encontre en raison de leur nationalité[98]. L'Allemagne argue enfin que, si le droit d'accès à la justice devait être interprété comme permettant à un individu qui n'a pas obtenu satisfaction devant les tribunaux de l'Etat (dont il allègue qu'il a violé ses droits) d'intenter une action contre cet Etat devant les tribunaux d'un Etat étranger (voire devant les tribunaux de plus d'un Etat, successivement ou simultanément), rien n'empêcherait alors une quête incessante de la juridiction la plus avantageuse[99].

77. L'Italie, pour sa part, fait valoir à l'opposé qu'il existe un droit individuel à réparation pour dommages de guerre et un droit d'agir correspondant. Elle estime que ce droit a son origine dans les dispositions adoptées après la première guerre mondiale dans le cadre du traité de Versailles (art. 304) et dans la création de tribunaux arbitraux mixtes; elle reconnaît toutefois que la même voie n'a pas été suivie après la seconde guerre mondiale[100]. Elle fait néanmoins valoir que, à défaut d'une procédure internationale alternative, l'accès aux voies de recours nationales ne saurait être exclu[101]. En fait, les tribunaux italiens ont accueilli des actions engagées contre l'Italie malgré l'existence du traité de paix et du mécanisme interétatique d'indemnisation prévu par celui-ci[102]. L'Italie va plus loin. Elle présente le droit d'accès à la justice tel qu'il est interprété par les différents systèmes régionaux et mondiaux de protection des droits de l'homme et, se fondant sur une décision de la CIDH en l'affaire *Goiburú et autres* (voir section XVII *infra*), elle affirme que le droit d'accès à la justice est une norme impérative si le droit substantiel qui a été violé a le même caractère[103].

---

[95] Mémoire de l'Allemagne, p. 12, par. 12.
[96] Réplique de l'Allemagne, p. 23, par. 39.
[97] *Ibid.*, p. 24-25, par. 40-42.
[98] CR 2011/17, p. 45-46, par. 29-30.
[99] *Ibid.*, p. 46-48, par. 33-39.
[100] Contre-mémoire de l'Italie, p. 74, par. 4.90-4.91.
[101] *Ibid.*, p. 75, par. 4.92.
[102] *Ibid.*, p. 74-75, par. 4.91.
[103] *Ibid.*, p. 76, par. 4.93-4.94.

78. In addition, Italy argues that access to justice entails protection against denial of justice, which can be understood as "refusal to grant someone that which he is owed"[104]. Thus, when Italian citizens, such as Mr. Ferrini and others before and after him, were not successful before German courts and administrative authorities[105] they filed lawsuits against Germany before the Italian courts, as their only available legal avenue[106]. Furthermore, the lifting of the immunity of the German State before the Italian courts in such cases, where the victims are deprived of any other means of redress, is necessary for the effective exercise of their right of access to justice[107].

79. These are the basic and opposing positions, sustained by Germany and Italy, on the right of access to justice. Before embarking on an assessment of them by dwelling further upon the matter (cf. Section XII *infra*), I deem it appropriate, next, to review their further clarifications of their arguments, in response to questions which I deemed it fit to pose to both of them, as well as to Greece as intervenor, in the course of the oral hearings before the Court. Once such clarifications are reviewed, I shall then proceed to the examination of the remaining aspects of the present case, in logical sequence.

XI. Clarifications from the Contending Parties and from Greece in Response to Questions from the Bench

1. Questions Put to the Contending Parties and to Greece

80. At the end of the oral hearings before the Court, on 16 September 2011, I deemed it fit to put a series of questions to the contending Parties, Germany and Italy, as well as to the intervening State, Greece, in order to seek clarification on the respective submissions they had presented to the Court. The questions I asked, on that occasion, were the following:

> "In order to maintain the linguistic balance of the Court, I will put my questions in the other language of the Court. Three questions to Germany and Italy and one to Greece.
>
> My first question to Germany and Italy is the following: In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77 (4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?

---

[104] CR 2011/18, p. 62, para. 27.
[105] CR 2011/21, p. 48, para. 30; Counter-Memorial of Italy, pp. 19-25, paras. 2.20-2.34.
[106] Counter-Memorial of Italy, p. 29, para. 2.44.
[107] *Ibid.*, p. 80, para. 4.103.

78. De plus, l'Italie soutient que l'accès à la justice implique une protection contre le déni de justice, celui-ci étant entendu comme le «refus d'accorder à quelqu'un ce qui lui est dû»[104]. Ainsi, lorsque des citoyens italiens, comme M. Ferrini et d'autres avant et après lui, ont été déboutés devant les juridictions et autorités administratives allemandes[105], ils ont intenté une action contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes car c'était la seule voie de droit qui leur était ouverte[106]. De plus, le refus de l'immunité à l'Etat allemand par les tribunaux italiens dans de telles affaires, où les victimes sont privées de toute autre voie de recours, est nécessaire pour qu'elles puissent exercer effectivement leur droit d'accès à la justice[107].

79. Telles sont les positions de base, opposées, défendues par l'Allemagne et l'Italie sur le droit d'accès à la justice. Avant de procéder à leur évaluation en approfondissant la question (voir section XII *infra*), j'estime qu'il échet de passer en revue les éclaircissements qu'elles ont donnés en réponse à des questions que j'ai jugé bon de leur poser, ainsi qu'à la Grèce en tant qu'intervenant, lors de la procédure orale devant la Cour. Après avoir évoqué ces éclaircissements, je passerai à l'examen des autres aspects de la présente affaire suivant la logique.

XI. Éclaircissements donnés par les Parties et la Grèce en réponse aux questions posées par la Cour

1. Questions posées aux Parties et à la Grèce

80. A la fin de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011, j'ai jugé bon de poser une série de questions aux Parties, l'Allemagne et l'Italie, ainsi qu'à l'Etat intervenant, la Grèce, afin d'obtenir des éclaircissements sur les conclusions qu'elles avaient présentées à la Cour. Les questions que j'ai posées à cette occasion étaient les suivantes:

> «Pour garder l'équilibre linguistique de la Cour, je poserai mes questions en anglais. Trois questions à l'Allemagne et à l'Italie et une question à la Grèce.
>
> La première question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: à la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens?

[104] CR 2011/18, p. 62, par. 27.
[105] CR 2011/21, p. 48, par. 30; contre-mémoire de l'Italie, p. 19-25, par. 2.20-2.34.
[106] Contre-mémoire de l'Italie, p. 29, par. 2.44.
[107] *Ibid.*, p. 80, par. 4.103.

My second question to both Germany and Italy is the following: Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to contain also a delicts *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure — imperii*?

My third question to both Germany and Italy is the following: Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?

And, finally, my question to Greece is the following: Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the *Margellos* case upon the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case? Is the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?"[108]

2. First Round of Answers

81. For the sake of clarity, I proceed to revise and summarize the answers provided by Germany, Italy and Greece, to the questions I put to them at the close of the oral hearings before the Court, last 16 September 2011. I shall proceed first, to a review of the answers of Germany and Italy as contending Parties, and then of Greece as the intervening State.

(a) *Germany's and Italy's answers*

82. In the relation to the *first question* I put to the contending Parties[109], Germany submitted that the Court's Order of 6 July 2010 (in particular paras. 27-28) determines the relevance of the 1947 Peace Treaty and of the two 1961 Agreements for the current proceedings. Germany reiterated its position that the question whether reparations related to the Second World War are still due is not the subject of the present proceed-

[108] CR 2011/21, public sitting of 16 September 2011, pp. 53-54.

[109] Namely:

"In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77 (4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?"

La deuxième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: l'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis*? Peut-elle l'être? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète, *jure* — *imperii*?

La troisième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne? Peut-on encore considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu*? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens*?

Et, enfin, la question que j'adresse à la Grèce est la suivante: dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo*? Cet arrêt de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà?»[108]

2. Première série de réponses

81. Pour la clarté, je vais résumer les réponses données par l'Allemagne, l'Italie et la Grèce aux questions que je leur ai posées à la fin de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011. Je commencerai par passer en revue les réponses de l'Allemagne et de l'Italie, les Parties, puis celles de la Grèce, l'Etat intervenant.

a) *Réponses de l'Allemagne et de l'Italie*

82. En ce qui concerne la *première question* que j'ai posée aux Parties[109], l'Allemagne a répondu que l'ordonnance que la Cour a rendue le 6 juillet 2010 détermine la pertinence du traité de paix de 1947 et des deux accords de 1961 aux fins de l'instance en cours. L'Allemagne a rappelé sa position selon laquelle la question de savoir si les réparations liées à la seconde guerre mondiale étaient toujours dues n'était pas l'objet de la pré-

[108] CR 2011/21, audience publique du 16 septembre 2011, p. 53-54.

[109] A savoir:

«A la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens?»

ings. Italy retorted that the two 1961 Agreements were the result of a process which demonstrated that there were differences of opinion between the Parties as to the scope of the waiver clause of the 1947 Peace Treaty, and that Germany had to take some measures to address them. Italy thus argued that the Agreements were, on the one hand, a measure of reparation for some pending economic questions (the "Settlement Agreement") and, on the other, an indemnification for victims of persecution (the "Indemnity Agreement").

83. Italy contended that the Settlement Agreement represents conclusive evidence that Italy never accepted Germany's interpretation of the waiver clause and the Indemnity Agreement focused on a specific category of victims targeted on the basis of specific discriminatory grounds. In this regard, Italy submits that the 1961 Agreements only cover pending economic questions and reparations to victims of persecutions. While these Agreements contain waiver clauses — it added — these "merely referred to the subject-matter of the Agreement and were not (and could not have been) so expansive as to cover, in addition, war crimes reparation claims". As to the waiver clause of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, Italy reiterated its position that this clause does not cover claims of compensation arising out of grave breaches of international humanitarian law.

84. With regard to the *second question* I posed to the contending Parties[110], Germany submitted that the delicts *exceptio* does not apply to military activities and that the cases subject to the proceedings before the Court concern acts having occurred during an armed conflict. It further contended that the qualification of an act of a State is based on the nature of the act and is independent of the legality of such act. In this sense, Germany argued that sovereign acts may also involve serious breaches of international law and that international law counts on substantive rules on State responsibility and international criminal responsibility that do not repeal or derogate from State immunity.

85. For its part, Italy argued that the issue of reparations is not closed, as there are several categories of victims that have never been taken into account for the purpose of awarding reparations, including those categories referred to in the cases underlying the present dispute. Italy submitted that the delicts *exceptio* applies to both acts *jure gestionis* and *jure imperii*[111], and added that there is no *obligation* to accord immunity for acts

[110] Namely:

> "Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to contain also a delicts *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure* — *imperii*?"

[111] And argues that its view is confirmed by the practice of States, the ILC's commentary on the draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Article 11 of the European Convention on Jurisdictional Immunity, and the relevant legal literature.

sente instance. L'Italie a répondu que les deux accords de 1961 étaient le résultat d'un processus qui témoignait de divergences d'opinions entre les Parties quant à la portée de la clause de renonciation figurant dans le traité de paix de 1947, et que l'Allemagne devait prendre des mesures pour remédier à ces divergences. L'Italie a fait ainsi valoir que les accords constituaient une mesure de réparation visant, d'une part, à régler les questions économiques en suspens (l'accord de «règlement») et, d'autre part, à indemniser les victimes de persécutions (l'accord d'«indemnisation»).

83. L'Italie a affirmé que l'accord de règlement prouvait de manière concluante qu'elle n'avait jamais accepté l'interprétation que l'Allemagne faisait de la clause de renonciation, et que l'accord d'indemnisation portait sur une catégorie spécifique de victimes, visées sur la base de motifs discriminatoires spécifiques. A cet égard, l'Italie considère que les accords de 1961 ne couvrent que les questions économiques en suspens et les réparations aux victimes de persécutions. Si ces accords contiennent des clauses de renonciation, ajoutait-elle, ces clauses «concernaient uniquement l'objet de l'accord et n'étaient pas (et n'auraient pu être) d'une portée telle qu'elles couvraient, en plus de cet objet, les demandes de réparation à raison de crimes de guerre». Quant à la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, l'Italie a réitéré sa position, à savoir que cette clause ne s'appliquait pas aux demandes d'indemnisation nées de violations graves du droit international humanitaire.

84. Pour ce qui est de la *deuxième question* que j'ai posée aux Parties[110], l'Allemagne a répondu que l'exception délictuelle ne s'appliquait pas aux activités militaires et que les affaires en cause dans l'instance devant la Cour concernaient des actes qui s'étaient produits durant un conflit armé. Elle ajoutait que la qualification de l'acte d'un Etat dépendait de la nature de cet acte et était sans rapport avec sa licéité. Elle faisait valoir que, en ce sens, les violations graves du droit international pouvaient aussi entrer dans la catégorie des actes souverains et que le droit international énonçait des règles substantielles sur la responsabilité de l'Etat et la responsabilité pénale internationale qui ne remettaient pas en cause l'immunité ni n'y dérogeaient.

85. Pour sa part, l'Italie a répondu que la question des réparations n'était pas close, car plusieurs catégories de victimes n'avaient jamais été prises en compte dans le cadre des réparations, y compris les victimes italiennes appartenant aux catégories évoquées dans les affaires à l'origine du présent différend. L'Italie affirmait que l'exception délictuelle s'appliquait à la fois aux actes *jure gestionis* et aux actes *jure imperii*[111]. Elle ajoutait qu'il

[110] A savoir:

> «L'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis*? Peut-elle l'être? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète, *jure* — *imperii*?»

[111] Elle faisait valoir que son opinion était confirmée par la pratique des Etats, le commentaire de la CDI sur le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats et la doctrine en la matière.

jure imperii in cases in which the delicts *exceptio* applies. Italy further submitted that

> "[t]here is nothing inherent in the notion of acts *jure imperii* which dictates the conclusion that the tort exception does not cover this category of acts. The justification of this exception to immunity is based on the assertion of local control or jurisdiction over torts committed within the territory of the forum State".

Italy thus contended that, on the basis of this justification, the exception applies to all acts of a foreign State that took place on the territory of the forum State, whether they were performed *jure imperii* or *jure gestionis*.

86. Italy added that, while it was aware of the view that crimes against humanity and war crimes cannot be considered sovereign acts for which a State is entitled to invoke the defence of sovereign immunity, it acknowledged that this area of the law of State immunity is undergoing a process of change. Thus, under the unique and specific circumstances of the cases submitted to Italian courts, Italy contended that its case before this Court is based on other arguments: the tort exception and the existence of an irreconcilable conflict between immunity and the effective enforcement of peremptory rules, which support its position that Italy had no obligation to accord immunity to Germany.

87. In respect of the *third question* I asked the contending Parties[112], Germany again referred to the Court's Order of 6 July 2010, arguing that the question whether reparations related to the Second World War are still due is not, in its view, the subject of the present proceedings; it considered the reparation scheme for the Second World War to be a classic inter-State and comprehensive scheme. It further argued that those victims who consider to have a claim against Germany can institute proceedings in German courts, which abide by Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights that guarantees the right of access to justice.

88. Italy retorted that none of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation; it added that some categories of victims were never able to claim compensation because no mechanism was put in place while others have been trying to

[112] Namely:

> "Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?"

n'existait pas d'*obligation* d'accorder l'immunité pour des actes *jure imperii* lorsque l'exception délictuelle s'appliquait. L'Italie affirmait en outre que

> «[r]ien dans la notion d'actes *jure imperii* n'oblige[ait] à conclure que l'exception délictuelle ne s'appliqu[ait] pas à cette catégorie d'actes. La justification de cette exception à l'immunité [était] fondée sur l'affirmation de la juridiction ou du contrôle local sur les actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for».

Elle soutenait donc que, sur la base de cette justification, l'exception s'appliquait à tous les actes d'un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for, qu'il s'agisse d'actes *jure imperii* ou d'actes *jure gestionis*.

86. L'Italie a ajouté que, si elle savait que certains estimaient que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne pouvaient être considérés comme des actes de souveraineté pour lesquels l'Etat était en droit d'invoquer l'immunité souveraine comme moyen de défense, elle constatait que dans ce domaine le droit de l'immunité de l'Etat était en train d'évoluer. C'est pourquoi, tenant compte des circonstances spécifiques et uniques caractérisant les affaires portées devant les tribunaux italiens, l'Italie faisait reposer sa position devant la Cour sur deux autres arguments, à savoir l'exception délictuelle et l'existence d'un conflit insoluble entre l'immunité et l'application effective de règles impératives, pour étayer son opinion selon laquelle elle n'était pas tenue d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne.

87. Pour ce qui est de la *troisième question* que j'ai posée aux Parties[112], l'Allemagne a de nouveau invoqué l'ordonnance de la Cour en date du 6 juillet 2010, faisant valoir que la question de savoir si les réparations à raison d'actes commis pendant la seconde guerre mondiale étaient toujours dues ne constituait pas l'objet de la présente instance; elle estimait que le régime de réparation après la seconde guerre mondiale était un régime de réparation interétatique classique et global. Elle faisait en outre valoir que les victimes qui s'estimaient fondées à le faire pouvaient intenter une action contre l'Allemagne devant les tribunaux allemands, ce qui était conforme au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à l'accès à la justice.

88. L'Italie a répondu qu'aucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires à l'origine du présent différend n'avait été indemnisée; elle ajoutait que certaines des victimes n'avaient jamais eu la possibilité de demander réparation car aucun mécanisme n'avait

[112] A savoir:

> «Les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne? Peut-on encore considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu*? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens*?»

obtain compensation for a decade without any success. Italy further argued that there does not seem to be any willingness on Germany's part to conclude an agreement aimed at making reparation to these categories of victims. It also submitted that, at the moment, there is no other alternative than national proceedings for these categories of victims to receive reparation. Italy argues that had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation, considering, for example, the strong reluctance of German authorities to enter into an agreement providing for reparation for the "Italian military internees".

89. Italy claimed that the regime of reparations for grave breaches of human rights and international humanitarian law does not exhaust itself at the inter-State level and that individual victims can address their claims in domestic courts. It also submitted that the removal of immunity is justified when resort to domestic courts represents the only and last means available to obtain some form of redress. Italy further argues that "[u]nder certain circumsta ces, the denial of access to justice because of the immunity granted to a foreign State may imply a denial of effective reparation". It next submitted that the concept of *jus cogens* does not confine itself to the realm of primary rules, but also relates to the remedies available in cases of grave breaches of obligations prescribed by norms having such character. In Italy's submission, when there is a conflict between rules that prevent individuals from having access to justice and the effective enforcement of *jus cogens* rules, if there is no other avenue open to obtain effective enforcement of *jus cogens*, "priority must be given to *jus cogens* by removing immunity, thereby allowing access to justice to individual victims".

(b) *Greece's answer*

90. In answer to the question I put to the intervening State[113] — to the best of my knowledge, the first question ever put to a non-party intervenor in the history of the Hague Court —, Greece first recalled that the Special Supreme Court does not rank as a Supreme Court nor is it a constitutional court within the Greek legal system; rather, it has a *sui generis* legal status in Greece. It added that the Special Supreme Court is an independent and non-permanent organ which does not fit within the hierarchy of the Greek court system. Greece further argued that, as part of the Special Supreme Court's function, it identifies or defines a customary rule of international law "in the present development of international law". In

[113] Namely:

"Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the *Margellos* case upon the *Areios Pagos* decision in the *Distomo Massacre* case? Is the *Areios Pagos* decision in the *Distomo Massacre* case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?"

jamais été mis en place à cet effet, alors que d'autres essayaient en vain d'obtenir réparation depuis presque une décennie. Selon elle, l'Allemagne ne semblait aucunement avoir l'intention de conclure avec elle un accord en vue d'indemniser ces catégories de victimes. Elle faisait aussi valoir que, pour l'instant, il n'y avait pour ces victimes, pour obtenir réparation, d'autres recours que les recours internes. L'Italie affirme que, si les juges internes n'avaient pas refusé d'accorder l'immunité, les victimes de crimes de guerre n'auraient disposé d'aucun autre recours pour obtenir réparation étant donné, par exemple, la forte réticence des autorités allemandes à conclure un accord pour indemniser les «internés militaires italiens».

89. L'Italie affirme que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations ne s'épuise pas au niveau interétatique et que les victimes individuelles de ces violations peuvent saisir les tribunaux internes de leurs demandes. Selon elle, lorsque le recours aux tribunaux nationaux est l'unique et ultime moyen d'obtenir réparation, une exception à l'immunité est justifiée. Elle ajoute que, «[d]ans certaines circonstances, le déni d'accès à la justice qui résulte de l'immunité accordée à un Etat étranger peut avoir pour corollaire le déni d'une indemnisation effective». Elle fait ensuite valoir que la notion de *jus cogens* concerne non seulement les règles primaires, mais également les recours disponibles en cas de violations graves des obligations prescrites par les normes qui ont ce caractère. Pour elle, lorsqu'un conflit survient entre des règles qui empêchent des individus d'avoir accès à la justice et l'application effective de règles de *jus cogens*, s'il n'existe aucun autre moyen d'obtenir l'application effective du *jus cogens*, «la priorité doit être accordée à ce dernier en refusant l'immunité et en permettant ainsi aux victimes individuelles d'accéder à la justice».

b) *La réponse de la Grèce*

90. En réponse à la question I que j'ai posée à l'Etat intervenant[113] — à ma connaissance, c'est la première fois dans l'histoire de la Cour qu'une question est posée à un Etat intervenant non partie —, la Grèce a commencé par rappeler que le Tribunal supérieur spécial n'était pas considéré comme une cour suprême ni une cour constitutionnelle dans l'ordre juridique grec; il avait un statut juridique *sui generis*. Elle a ajouté que ce tribunal était une juridiction indépendante et non permanente qui n'entrait pas dans la hiérarchie du système judiciaire grec. Selon la Grèce, le Tribunal supérieur spécial avait notamment pour fonction d'identifier ou de qualifier une règle coutumière du droit international «au stade actuel

[113] A savoir:

«Dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo*? Cet arrêt de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà?»

this area of its functions, the Special Supreme Court judgments — it continued — have limited effects, and, in practice, a judgment by the Special Supreme Court is binding only on the courts which have posed to it the specific question. Greece further submitted that judgments of the Special Supreme Court do not have the force of *res judicata erga omnes*; it is for the ordinary courts or the Special Supreme Court to determine subsequently whether there has been any change in the assertion that a customary norm exists.

91. Greece added that a judgment of the Special Supreme Court "always reflects the considerations of an *opinio juris* expressed 'at the same temporal stage of development of international law and its generally accepted rules'". It argued that the judgment in the *Margellos and Others* case "has no effect whatever" or legal implications on the judgment of the *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case, which was rendered prior to the *Margellos* judgment and concerned a different case. In this sense, Greece claimed that the *Areios Pagos* judgment "is final and irrevocable. It is in force and produces legal effects within the Greek legal order, remaining pending of execution." Greece at last contended that the fact that the Minister of Justice has not authorized the enforcement of the *Areios Pagos* judgment yet does not signify that it is "emptied of meaning and unenforceable"; the *Distomo* judgment "remains open".

3. Second Round of Answers

92. The contending Parties saw it fit to comment on the answers they provided to the questions I put to them during the oral hearings before the Court *(supra)*. These additional comments form the second round of their answers, which I proceed likewise to revise and summarize, for the sake of clarity as to the distinct positions taken by the contending Parties in the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court.

(a) *Germany's comments*

93. Germany only made observations on Greece's response to my question addressed to it. Germany first referred to Article 100 (1) of the Greek Constitution, Article 54 (1) of Greek Law No. 345/1976 regarding the Greek Special Supreme Court, and to a ruling by the Special Supreme Court on this latter provision. On this basis, Germany argued that, since the judgment of 2002 in the *Margellos and Others* case, "no Greek Court has issued a judgment disregarding Germany's state immunity for acts *jure imperii* during World War II and no measures of execution in the *Distomo* case have been taken". Germany then referred to two judgments of the *Areios Pagos* (in 2007 and in 2009) that followed the jurisprudence of the Special Supreme Court, "according to which the rule of jurisdictional immunity stands unaffected even in cases the

du développement du droit international». Dans ce domaine de ses fonctions, ses arrêts n'avaient pas que des effets limités et, en pratique, un arrêt du Tribunal supérieur spécial n'avait un effet contraignant que vis-à-vis des juridictions dont émanait la question précise qui lui avait été posée. La Grèce indiquait en outre que les arrêts du Tribunal supérieur spécial n'avaient pas force de chose jugée *erga omnes*; c'était aux tribunaux de droit commun ou au Tribunal supérieur spécial qu'il appartenait de déterminer ultérieurement s'il y avait eu changement dans l'affirmation de l'existence d'une norme coutumière.

91. La Grèce ajoutait qu'un arrêt du Tribunal supérieur spécial «reflète toujours les considérations d'une *opinio juris* exprimée «au même stade temporel du développement du droit international et de ses règles comme généralement acceptées»». Elle faisait valoir que l'arrêt *Margellos et autres* «ne [pouvait] influencer aucunement» ni avoir des incidences juridictionnelles sur l'arrêt de l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, rendu avant l'arrêt *Margellos* et qui concernait une affaire différente. En ce sens, selon la Grèce, l'arrêt de l'*Areios Pagos* «est définitif et irrévocable. Il est en vigueur et produit des effets juridiques dans l'ordre juridique hellénique, restant pendant quant à son exécution.» La Grèce indiquait enfin que le fait que le ministre de la justice n'ait pas encore autorisé l'exécution de l'arrêt de l'*Areios Pagos* ne signifiait pas que cet arrêt était «vidé de sens et de force exécutoire»; l'arrêt *Distomo* «est toujours ouvert».

3. Deuxième série de réponses

92. Les Parties ont jugé bon de faire des observations sur les réponses apportées aux questions que je leur avais posées durant la procédure orale *(supra)*. Ces observations additionnelles constituent la seconde série de leurs réponses, que je vais également reviser et résumer par souci de clarté quant aux positions distinctes prises par les Parties dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* devant la Cour.

a) *Observations de l'Allemagne*

93. L'Allemagne n'a fait d'observations que sur la réponse de la Grèce à la question que j'avais posée à cet Etat. Elle a commencé par citer le paragraphe 1 de l'article 100 de la Constitution grecque, le paragraphe 1 de l'article 54 de la loi grecque n° 345/1976 relative au Tribunal supérieur spécial grec et un arrêt de celui-ci sur ce paragraphe 1. Sur cette base, l'Allemagne a fait valoir que, depuis l'arrêt de 2002 rendu dans l'affaire *Margellos et autres*, «aucun tribunal grec n'av[ait] rendu de jugement méconnaissant l'immunité de l'Etat allemand à raison d'actes *jure imperii* commis pendant la seconde guerre mondiale et aucune mesure d'exécution n'av[ait] été prise dans l'affaire *Distomo*». L'Allemagne a ensuite invoqué deux arrêts (rendus en 2007 et 2009) de l'*Areios Pagos* qui suivaient la jurisprudence du Tribunal supérieur spécial, «selon laquelle la règle de l'immunité de juridiction

subject-matter of which are allegations of serious violations of international humanitarian law".

(b) *Italy's comments*

94. In turn, Italy commented on some parts of Germany's responses to the questions I posed *(supra)*. In relation to my first question, contrary to what Germany contended, Italy argued that the conclusion by the Court in the paragraphs of the Order of 6 July 2010 cited by Germany was strictly limited to the issue of the admissibility of Italy's counter-claim and it did not affect the solution of the question raised by Germany's main claim. Italy contended that it remains for the Court to examine Italy's arguments on the merits of Germany's main claim, and in particular, the argument whereby the obligation to make reparation for war crimes has some specific implications for State immunity.

95. As to Germany's response to my third question, Italy took issue with Germany's statement that the reparation regime set up for the Second World War was "comprehensive". Italy argued that Germany itself, both in its written and oral submissions, admitted that reparations made in relation to Italian victims of war crimes were only "partial". Italy further contended that the 1961 Agreement provided only for reparations for victims of persecution. Thus, Italy added that the characterization of the reparation scheme as "comprehensive" cannot be accurate, in particular concerning Italian victims of war crimes. It further claimed that Germany's arguments make it clear that no reparation has been made to numerous Italian victims of war crimes[114].

96. Italy at last contended that Germany's argument that Italian victims of war crimes did not receive compensation because Italy had been an ally of Germany until 8 September 1943

> "is flawed because it confuses the regime of responsibility for violations of *jus ad bellum* with the consequences of violations of the provisions of *jus in bello*, and in particular it ignores the special regime of responsibility for serious breaches of international humanitarian law".

Also in relation to my third question, Italy claimed that "[t]he fact that Italian victims had access to German courts does not mean that they were given an effective legal avenue to obtain reparation". It argued that Ger-

[114] As Germany claims that it has been relieved of the obligation to make reparation on the basis of the waiver clause of Article 77 of the 1947 Peace Treaty, an argument which Italy challenges in the present proceedings.

demeure inaltérée même dans des affaires ayant pour objet des allégations de violations graves du droit international humanitaire».

b) *Observations de l'Italie*

94. L'Italie, à son tour, a fait des observations sur certaines parties des réponses de l'Allemagne aux questions que j'avais posées à celle-ci *(supra)*. Au sujet de ma première question, contrairement à ce qu'affirmait l'Allemagne, l'Italie faisait valoir que la conclusion de la Cour figurant aux paragraphes de l'ordonnance du 6 juillet 2010 cités par l'Allemagne était strictement limitée à la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle de l'Italie et qu'elle était sans incidence sur la solution de la question soulevée par la demande principale de l'Allemagne. L'Italie affirmait qu'il appartenait donc toujours à la Cour d'apprécier les arguments avancés par l'Italie sur le fond de la demande principale de l'Allemagne et, en particulier, celui selon lequel l'obligation d'accorder réparation aux victimes de crimes de guerre avait des conséquences particulières sur l'immunité de l'Etat.

95. S'agissant de la réponse de l'Allemagne à ma troisième question, l'Italie contestait l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était «global». Elle faisait observer que l'Allemagne elle-même, tant dans ses écritures que lors des plaidoiries, avait reconnu n'avoir indemnisé que «partiellement» les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle soulignait en outre que l'accord de 1961 ne prévoyait de réparations qu'au bénéfice des victimes de persécutions. Qui plus est, ajoutait-elle, l'affirmation selon laquelle le régime de réparation était «global» ne pouvait être exacte, en particulier en ce qui concerne les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle faisait en outre valoir que les arguments de l'Allemagne démontraient clairement que de nombreuses victimes italiennes de crimes de guerre n'avaient bénéficié d'aucune réparation[114].

96. L'Italie soutient enfin que l'argument de l'Allemagne selon lequel les victimes italiennes de crimes de guerre n'ont pas été indemnisées parce que l'Italie était une alliée de l'Allemagne jusqu'au 8 septembre 1943

> «est ... erroné ... car il confond le régime de la responsabilité de l'Etat pour violations du *jus ad bellum* avec les conséquences des violations du *jus in bello*, et ignore en particulier le régime spécial de la responsabilité de l'Etat en cas de violations graves du droit international humanitaire».

Egalement en relation avec ma troisième question, l'Italie soutient que «[l]e fait que les victimes italiennes aient eu accès aux tribunaux allemands ne signifie pas qu'elles se sont vu offrir un recours effectif». La législation

[114] Comme l'Allemagne soutient que la clause de renonciation figurant à l'article 77 du traité de paix de 1947 l'exonère de son obligation de réparer, un argument que l'Italie conteste dans le cadre de la présente instance.

man laws imposed a number of "unduly restrictive requirements" for Italian victims to receive reparation[115].

XII. The Prohibition of Forced Labour at the Time of the Second World War

1. Normative Prohibition

97. The legal regulation of forced labour at the time of Second World War was based on the 1930 ILO Convention (No. 29) on Forced Labour, which came into force on 1 May 1932. The Convention provided for a series of restrictions and prohibitions of forced labour, aiming ultimately to its total suppression. The 1930 ILO Convention (No. 29) made clear that prisoners of war may not be employed in any way that is connected with the operations of war (manufacture, transport of arms and munitions) or for unhealthy or dangerous work (Arts. 31-32). In case of violations they have the right to complaint (Art. 31); moreover, more arduous work cannot be used as a disciplinary measure (Art. 31).

98. Forced labour, in the sense of labour imposed under coercion or the threat of penalty (Art. 2 (1)), has been condemned and expressly prohibited ever since the 1930 ILO Convention (No. 29)[116], despite the distinct contexts wherein forced labour was imposed as time went on. The 1930 ILO Convention (No. 29) was followed by the 1957 Abolition of Forced Labour Convention, to meet practically universal acceptance. As I sustained in my earlier dissenting opinion (paras. 130-132) in the Court's Order of 6 July 2010 in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy)* (Counter-Claim), their underlying principles, informing and conforming the abolition of forced labour in general international law, belong nowadays to the domain of *jus cogens*[117].

99. Furthermore, in the domain of international humanitarian law, the treatment of prisoners of war or civilian populations during armed con-

---

[115] Italy argued, in this respect, that the reference made by Germany to the jurisprudence of the European Court of Human Rights is "inapposite", as such jurisprudence relies on the assumption that "the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to their ratification of the Convention". Italy added that the cases against Germany before the European Court were based on the right to property under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention, and the Court considered those cases inadmissible as the facts at issue did not fall within the ambit of that norm.

[116] ILO/OIT, *Alto al Trabajo Forzoso — Informe Global con Arreglo al Seguimiento de la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, ILO, Geneva, 2001, pp. 9-10.

[117] Cf., to this effect, e.g., M. Kern and C. Sottas, "The Abolition of Forced or Compulsory Labour", in *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, ILO, 2003, p. 44, and cf. p. 33; and International Labour Office, *Eradication of Forced Labour*, Geneva, ILO, 2007, p. 111.

allemande, ajoute-t-elle, imposait un certain nombre de «conditions excessives» aux victimes italiennes qui souhaitaient obtenir réparation[115].

XII. L'INTERDICTION DU TRAVAIL FORCÉ À L'ÉPOQUE DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

1. L'interdiction normative

97. A l'époque de la seconde guerre mondiale, la réglementation juridique du travail forcé reposait sur la convention (n° 29) sur le travail forcé de l'OIT de 1930, entrée en vigueur le 1er mai 1932. Cette convention prévoyait des restrictions et interdictions concernant le travail forcé dont l'objectif final était de le supprimer totalement. Cette convention indique clairement que les prisonniers de guerre ne peuvent être affectés à un emploi lié aux opérations de guerre (fabrication ou transport d'armes et de munitions) ni employés à des travaux malsains ou dangereux (art. 31-32). En cas de violations, ils ont le droit de se plaindre (art. 31); de plus, les conditions de travail ne peuvent être rendues plus pénibles par des mesures disciplinaires (art. 31).

98. Le travail forcé, au sens de travail exigé sous la menace d'une peine quelconque (art. 2, par. 1), est condamné et expressément interdit depuis la convention (n° 29) de l'OIT de 1930[116], en dépit des différents contextes dans lesquels le travail forcé a été imposé au fil du temps. La convention (n° 29) de l'OIT de 1930 a été suivie par la convention de 1957 sur l'abolition du travail forcé, et ces deux instruments jouissent d'une reconnaissance quasi universelle. Comme je l'ai soutenu dans l'opinion dissidente (par. 130-132) que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle), les principes qui y sont consacrés, qui sont à l'origine de l'abolition du travail forcé en droit international général et lui ont donné forme, appartiennent maintenant au *jus cogens*[117].

99. De plus, dans le domaine du droit international humanitaire, le traitement des prisonniers de guerre et des populations civiles durant un conflit

---

[115] L'Italie fait valoir à cet égard que le renvoi de l'Allemagne à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est «inopportun», puisque cette jurisprudence postule que «la convention n'impose pas d'obligations spécifiques à la charge des Etats contractants d'indemniser des dommages causés avant qu'ils n'aient ratifié la convention». L'Italie ajoute que les actions intentées contre l'Allemagne devant la Cour européenne reposaient sur le droit de propriété énoncé à l'article premier du protocole n° 1 à la convention européenne et que la Cour avait jugé ces demandes irrecevables au motif que les faits incriminés ne relevaient pas de cette règle.

[116] ILO/OIT, *Halte au travail forcé — Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, OIT, Genève, 2001, p. 9-10.

[117] Voir en ce sens, par exemple, M. Kern et C. Sottas, «The Abolition of Forced or Compulsory Labour», *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Genève, OIT, 2003, p. 44, et voir p. 33; Bureau international du travail, *Eradication of Forced Labour*, Genève, OIT, 2007, p. 111.

flict was governed, at the time of the Second World War, by the 1907 Hague Convention (IV) and by the 1929 Geneva Convention on Prisoners of War; the 1929 Geneva Convention added the prohibition of forced labour that was unhealthy or dangerous for the prisoners of war (Arts. 28-34). Still in connection with the prohibition of forced labour, at that same time, the 1926 Geneva Anti-Slavery Convention prohibited slavery and slave trade; it expressly set forth the obligation of States "to take all measures to prevent compulsory or forced labour from developing into conditions analogous to slavery" (Art. 5).

100. The Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to the aforementioned 1907 Hague Convention (IV), prohibited, with regard to forced labour of inhabitants of occupied territories, to involve those inhabitants in the work of "military operations against their own country" (Art. 52). Germany signed the 1907 Hague Convention (IV) on 18 October 1907 and ratified it on 27 November 1909. In addition, it should be noted that Germany ratified the 1930 ILO Convention (No. 29) on Forced Labour only on 13 June 1956. Be that as it may, even if this later ratification removed *jurisdiction* on the basis of this Convention before mid-1956, the *responsibility* of Nazi Germany subsisted. No one would dare to deny the wrongfulness of forced labour, already at the time of the Second World War.

101. The forced labour regime, as organized by Nazi Germany, could be equated to "enslavement", given the presence of the elements constitutive of this crime, namely, the subjection of a part of a population of an occupied territory, in order to sever forced or compulsory labour, meant to be permanent, and undertaken in conditions similar to slavery under the heel of private persons[118]. It was the policy of Nazi German authorities to let exhausted forced labourers die; sometimes they actively killed forced labourers when they could no longer work. Such circumstances could make their policy fall under the "enslavement" definition[119].

2. Judicial Recognition of the Prohibition

102. That State policy of Nazi Germany was to have repercussions in the work and findings of the International Military Tribunal of Nuremberg, shortly after the Second World War. The 1945 Charter of the Nuremberg Tribunal listed, among *war crimes*, the "deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory" (Art. 6 *(b)*); and, among *crimes against humanity*, the "enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civil-

[118] L. Hannikainen, *Peremptory Norms* (Jus Cogens) in *International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, pp. 455-456.

[119] Cf. ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Rule 95: Forced Labour, Deportation to Slave Labour, No. 19.

armé était régi, à l'époque de la seconde guerre mondiale, par la convention IV de La Haye de 1907 et par la convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre; ce dernier texte interdisait d'employer des prisonniers de guerre à des travaux insalubres ou dangereux (art. 28-34). Toujours en rapport avec l'interdiction du travail forcé, dans le même temps, la convention de Genève de 1926 sur l'esclavage interdisait l'esclavage et la traite des esclaves; elle énonçait expressément, à la charge des Etats, l'obligation de «prendre des mesures utiles pour éviter que le travail forcé ou obligatoire n'amène des conditions analogues à l'esclavage» (art. 5).

100. Le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la convention IV de La Haye de 1907 susmentionnée, interdisait, en ce qui concerne le travail forcé des habitants des territoires occupés, d'obliger ces habitants à participer «aux opérations de la guerre contre leur patrie» (art. 52). L'Allemagne a signé la convention IV de La Haye de 1907 le 18 octobre 1907 et l'a ratifiée le 27 novembre 1909. Il convient en outre de noter que l'Allemagne n'a ratifié la convention (n° 29) de l'OIT de 1930 sur le travail forcé que le 13 juin 1956. Quoi qu'il en soit, même si cette ratification ultérieure interdit d'invoquer cette convention comme base de *compétence* avant le milieu de 1956, la *responsabilité* de l'Allemagne nazie a subsisté. Nul n'oserait nier que le travail forcé était déjà illicite à l'époque de la seconde guerre mondiale.

101. Le régime de travail forcé organisé par l'Allemagne nazie peut être assimilé à une «réduction en esclavage» étant donné la présence d'éléments constitutifs de ce crime, à savoir l'assujettissement d'une partie d'une population d'un territoire occupé afin de lui faire exécuter un travail forcé ou obligatoire devant être permanent, et effectué dans des conditions comparables à l'esclavage sous l'autorité de personnes privées[118]. Les autorités de l'Allemagne nazie avaient pour politique de laisser mourir les travailleurs forcés épuisés; parfois elles mettaient ces travailleurs forcés à mort lorsqu'ils ne pouvaient plus travailler. Du fait de ces circonstances, leur politique pouvait entrer dans la définition de la «réduction en esclavage»[119].

2. Reconnaissance judiciaire de l'interdiction

102. La politique d'Etat de l'Allemagne nazie devait avoir des répercussions sur les travaux et les conclusions du Tribunal militaire international de Nuremberg peu après la seconde guerre mondiale. Le Statut (1945) du Tribunal de Nuremberg faisait notamment figurer, parmi les *crimes de guerre*, la «déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés» (art. 6, al. *b)*) et, parmi les *crimes contre l'humanité*, «la réduction en esclavage,

[118] L. Hannikainen, *Peremptory Norms* (Jus Cogens) *in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, p. 455-456.

[119] Voir CICR, *Droit international humanitaire coutumier*, règle 95: travail forcé, déportation pour des travaux forcés, n° 19.

ian population, before or during the war" (Art. 6 *(c)*). The prohibition of forced labour and enslavement was already established, as indicated above, in the *corpus juris gentium*, in international instruments of the ILO as well as of international humanitarian law.

103. It was then, with the work of the Nuremberg Tribunal, to gain judicial recognition as well. In fact, the question of forced labour during the Second World War was examined by the Nuremberg Tribunal, which, in the case of the *Major War Criminals* (judgment of 1 October 1946), recalled that Article 6 *(b)* its Charter[120] provides that the "ill-treatment, or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population of or in occupied territory shall be a war crime". The Tribunal further reminded that "[t]he laws relating to forced labour by the inhabitants of occupied territories are found in Article 52 of the Hague Convention" of 1907[121].

104. In this regard, the Nuremberg Tribunal concluded that "[t]he policy of the German occupation authorities was in flagrant violation of the terms of [the Hague Convention of 1907]" and that an "idea of this policy may be gathered from the statement made by Hitler in a speech on 9 November 1941", asserting that "the German occupation authorities did succeed in forcing many of the inhabitants of the occupied territories to work for the German war effort, and in deporting at least 5,000,000 persons to Germany to serve German industry and agriculture". It also noted that "[i]nhabitants of the occupied countries were conscripted and compelled to work in local occupations, to assist the German war economy" and that "[i]n many cases they were forced to work on German fortifications and military installations"[122].

105. From the above statement by Hitler, singled out by the Nuremberg Tribunal itself, there can be no doubt whatsoever that widespread forced labour of inhabitants of the occupied territories in the German war industry during the Second World War, was a State policy of Nazi Germany. Such State policy was in flagrant violation of international law, both conventional and customary.

106. In fact, the Nuremberg Tribunal further observed that a vigorous propaganda campaign was set up to induce workers to volunteer to work in Germany, and, in some instances, labourers and their families were threatened by the police in case they refused to go to Germany[123]. The evidence before the Tribunal showed that the workers were sent under

[120] Hereinafter referred to as the "Nuremberg Charter".

[121] International Military Tribunal, judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22 August 1946-1 October 1946), p. 460.

[122] *Ibid.*, p. 460.

[123] *Ibid.*, p. 461.

la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre» (art. 6, al. *c)*). L'interdiction du travail forcé et de la réduction en esclavage était déjà établie, comme indiqué ci-dessus, dans le *corpus juris gentium* et dans les instruments internationaux de l'OIT et du droit international humanitaire.

103. Cette interdiction devait alors, grâce aux travaux du Tribunal de Nuremberg, acquérir également une reconnaissance judiciaire. En fait, la question du travail forcé durant la seconde guerre mondiale a été examinée par le Tribunal de Nuremberg, qui, dans le cadre du procès des *Grands criminels de guerre* (jugement du 1er octobre 1946), a rappelé que l'alinéa *b)* de l'article 6 de son Statut[120] disposait que constituent un crime de guerre «les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés». Le Tribunal a de plus rappelé que «[l]es règles concernant les travaux forcés imposés aux habitants de territoires occupés se trouvent dans l'article 52 de la convention de La Haye» de 1907[121].

104. A cet égard, le Tribunal de Nuremberg a conclu que «[l]a politique des autorités d'occupation allemandes a constitué une violation flagrante des termes de [la convention de La Haye de 1907]» et que l'«[o]n peut se rendre compte de ce qu'était cette politique en lisant la déclaration faite par Hitler dans un discours prononcé le 9 novembre 1941», ajoutant que «les autorités d'occupation allemandes parvinrent à astreindre un grand nombre d'habitants des territoires occupés à l'effort de guerre du Reich ... [et] déportèrent en Allemagne au moins cinq millions de personnes pour les contraindre à des travaux agricoles». Il fit aussi observer que «[l]es habitants furent recensés et forcés de travailler sur place au bénéfice de l'économie de guerre allemande» et que, «[b]ien souvent, ils durent construire des fortifications et des installations militaires»[122].

105. Il ressort sans l'ombre d'un doute de la déclaration d'Hitler susvisée, que le Tribunal de Nuremberg a lui-même citée, que le travail forcé généralisé des populations des territoires occupés dans l'industrie de guerre allemande durant la seconde guerre mondiale correspondait à une politique d'Etat de l'Allemagne nazie. Une telle politique d'Etat constituait une violation flagrante du droit international, conventionnel et coutumier.

106. En fait, le Tribunal de Nuremberg a en outre fait observer qu'une énergique campagne de propagande avait été entreprise pour inciter les travailleurs à aller travailler en Allemagne et que, dans certains cas, les travailleurs et leurs familles avaient été menacés de représailles par la police s'ils refusaient de partir pour l'Allemagne[123]. Les preuves soumises

[120] Ci-après le «Statut de Nuremberg».

[121] Tribunal militaire international, jugement du 1er octobre 1946, dans *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, partie 22 (22 août 1946-1er octobre 1946), p. 460.

[122] *Ibid.*, p. 460.

[123] *Ibid.*, p. 461.

guard to Germany and were often crammed in trains without adequate food, heat, clothing or sanitary facilities, and demonstrated that the treatment of workers in Germany was, in many cases, brutal and degrading; the Tribunal also found that, many prisoners of war were allocated to work directly in relation to military operations, in violation of Article 31 of the 1929 Geneva Convention[124].

107. As to the customary nature of the rules that it applied, the Nuremberg Tribunal further stated that

> "Article 6 of the Charter provides:
>
> *(b)* War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages or devastation not justified by military necessity;
>
> *(c)* Crimes against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. (. . .)
>
> The Tribunal is of course bound by the [Nuremberg] Charter, in the definition which it gives both of war crimes and crimes against humanity. With respect to war crimes, however, as has already been pointed out, the crimes defined by Article 6, Section *(b)*, of the [Nuremberg] Charter were already recognized as war crimes under international law. They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of the Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46, and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violations of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument."[125]

108. The Nuremberg Tribunal further found that, by 1939, the rules laid down in the Hague Convention of 1907 were recognized by all "civilized nations", and were regarded as being declaratory of the laws and

---

[124] *Op. cit. supra* note 121, p. 462.

[125] *Ibid.*, p. 467. The Judgment also stated, in relation to the crimes committed in Czechoslovakia, that: "Although Czechoslovakia was not a party to the Hague Convention of 1907, *the rules of land warfare expressed in this Convention are declaratory of existing international law and hence are applicable*", p. 524 (emphasis added).

au Tribunal montraient que les travailleurs déportés en Allemagne y étaient envoyés sous escorte, souvent entassés dans des trains non chauffés, sans nourriture, sans vêtements et sans installations sanitaires, et que le traitement qui leur était infligé en Allemagne avait été brutal et dégradant; le Tribunal a aussi conclu que beaucoup de prisonniers de guerre avaient été employés à des travaux en rapport direct avec les opérations militaires, en violation de l'article 31 de la convention de Genève de 1929[124].

107. En ce qui concerne le caractère coutumier des règles qu'il appliquait, le Tribunal de Nuremberg déclara en outre ce qui suit:

> «L'article 6 du Statut soumet à la compétence du Tribunal:
>
> *b)* Les crimes de guerre: c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;
>
> *c)* Les crimes contre l'humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne des pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.
>
> Le Statut lie le Tribunal quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Mais, dès avant le Statut, les crimes de guerre énumérés par l'article 6 *b)* tenaient du droit international leur qualification de crimes de guerre. Ils étaient prévus par les articles 46, 50, 52 et 56 de la convention de La Haye de 1907, et par les articles 2, 3, 4, 46 et 51 de la convention de Genève de 1929. Il n'est pas douteux que la violation de ces textes constitue un crime, entraînant un châtiment.»[125]

108. Le Tribunal de Nuremberg conclut en outre que, en 1939, les règles énoncées dans la convention de La Haye de 1907 étaient reconnues par tous «les Etats civilisés» et considérées comme déclaratoires des lois

[124] *Op. cit. supra* note 121, p. 462.

[125] *Ibid.*, p. 467. Le jugement déclarait aussi, en ce qui concerne les crimes commis en Tchécoslovaquie: «Bien que la Tchécoslovaquie ne fût pas partie à la convention de La Haye de 1907, *les règles de la guerre sur terre énoncées dans cette Convention sont déclaratoires du droit international existant et sont donc applicables*», p. 524 (les italiques sont de moi).

customs of war referred to in Article 6 *(b)* of the Nuremberg Charter. As to crimes against humanity, the Nuremberg Tribunal concluded that "[t]he policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organized and systematic" and concerning "[t]he policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government" it found that such policy "was most ruthlessly carried out". The Tribunal thus concluded that "from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale, which were also crimes against humanity" and held that "they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity"[126].

109. For its part, the International Military Tribunal for the Far East (the Tokyo Tribunal), in its judgment of 12 November 1948, also expressed concern with regards to the use of forced labour, the method of recruitment, the confination of labourers in camps; the Tokyo Tribunal was also concerned with the little or no distinction made "between these conscripted labourers on the one hand and prisoners of war and civilian internees on the other hand", all being regarded as "slave labourers"[127].

110. In our days, in its recent adjudication of the case *Kononov* v. *Latvia* (2008-2010), lodged with the European Court of Human Rights (ECHR) by a survivor of the Second World War, the ECHR (former Section III, judgment of 24 July 2008) saw it fit to undertake an examination of the evolution of international humanitarian law, from the First and Second Hague Peace Conferences (1899 and 1907) to the aftermath of the Second World War (the Nuremberg and Tokyo Tribunals trials, and the 1949 Geneva Conventions), to determine that the subjuga-

[126] *Op. cit. supra* note 121, p. 468.

[127] In the words of the Tribunal:

> "Having decided upon a policy of employing prisoners of war and civilian internees in work directly contributing to the prosecution of the war, and having established a system to carry that policy into execution, the Japanese went further and supplemented this source of manpower by recruiting labourers from the native population of the occupied territories. This recruiting of labourers was accomplished by false promises, and by force. After being recruited, the labourers were transported to and confined in camps. Little or no distinction appears to have been made between these conscripted labourers on the one hand and prisoners of war and civilian internees on the other hand. They were all regarded as slave labourers to be used to the limit of their endurance. For this reason, we have included these conscripted labourers in the term 'civilian internees' (. . .). The lot of these conscripted labourers was made worse by the fact that generally they were ignorant of the principles of hygience *[sic]* applicable to their unusual and crowded conditions and succumbed more readily to the diseases resulting from the insanitary conditions of confinement and work forced upon them by their Japanese captors." (International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948, in J. Pritchard and S. M. Zaide (eds.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, pp. 693-694.)

et coutumes de la guerre visées à l'alinéa *b)* de l'article 6 du Statut du Tribunal. Quant aux crimes contre l'humanité, le Tribunal a conclu que «[l]a politique de terreur était assurément mise en œuvre sur une grande échelle, et [qu']elle était souvent organisée et systématique» et, en ce qui concerne «[l]a politique de persécution, de répression et de meurtre de civils présumés hostiles au gouvernement mis en œuvre en Allemagne avant la guerre de 1939», il a jugé que cette politique «a[vait] été poursuivie impitoyablement». Le Tribunal a ainsi conclu que «dès le début de la guerre en 1939 des crimes de guerre furent commis sur une grande échelle, qui étaient aussi des crimes contre l'humanité», et il a jugé qu'«ils [avaient] tous été commis en exécution ou à l'occasion d'une guerre d'agression, et qu'ils constituaient des crimes contre l'humanité»[126].

109. Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (le Tribunal de Tokyo), dans son jugement du 12 novembre 1948, s'est pour sa part déclaré préoccupé par le recours au travail forcé, la méthode de recrutement et l'internement des travailleurs dans des camps; il a aussi relevé que l'on ne distinguait guère, voire pas du tout, «entre ces travailleurs recrutés de force d'une part et les prisonniers de guerre et internés civils d'autre part», tous étant considérés comme des «travailleurs réduits en esclavage»[127].

110. De nos jours, dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Kononov c. Lettonie* (2008-2010), portée devant elle par un survivant de la seconde guerre mondiale, la CEDH (arrêt du 24 juillet 2008 de l'ancienne troisième section de la Cour) a jugé opportun d'examiner l'évolution du droit international humanitaire entre les première et deuxième conférences de paix de La Haye (1899 et 1907) et les suites de la seconde guerre mondiale (Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et conventions de Genève de 1949) pour décider que, bien avant la seconde guerre

[126] *Op. cit. supra* note 121, p. 468.

[127] Comme l'a déclaré le Tribunal:

> «Ayant décidé d'employer les prisonniers de guerre et internés civils à des travaux contribuant directement à la poursuite de la guerre, et ayant établi un système pour mettre en œuvre cette politique, les Japonais sont allés plus loin et ont complété cette source de main-d'œuvre en recrutant des travailleurs dans la population indigène des territoires occupés. Ce recrutement de travailleurs fut accompli au moyen de fausses promesses et par la force. Une fois recrutés, les travailleurs étaient transportés et enfermés dans des camps. Il semble qu'on n'ait guère fait de distinction, voire aucune, entre ces travailleurs recrutés de force d'une part et les prisonniers de guerre et internés civils d'autre part. Ils étaient tous considérés comme des travailleurs réduits en esclavage, à utiliser jusqu'à la limite de leurs forces. Pour cette raison, l'expression «internés civils» désignait également ces travailleurs recrutés de force... Le sort de ces travailleurs recrutés de force fut aggravé par le fait qu'ils ignoraient généralement les principes de l'hygiène applicables dans les conditions inhabituelles de surpopulation qui étaient les leurs et qu'ils succombaient plus facilement aux maladies résultant de l'insalubrité de leur enfermement et des travaux que leurs geôliers japonais les obligeaient à exécuter.» (Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, jugement du 12 novembre 1948, dans J. Pritchard et S. M. Zaide (dir. publ.), *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 22, p. 693-694.)

tion and the ill-treatment of civilians was already prohibited well before the Second World War (paras. 55-70).

111. In the same line of reasoning, the ECHR, in its subsequent judgment (Grand Chamber, of 17 May 2010) in the *Kononov* v. *Latvia* case, deemed it fit to undertake to an ever greater depth such examination of the evolution of international humanitarian law, this time from the earlier codifications of the nineteenth century to the aftermath of the Second World War (paras. 206-217), to find that "the ill-treatment, wounding and killing" of villagers (in any case *hors de combat*) constituted, already by the time of the 1907 Hague Regulations, "a war crime" (para. 216). The Court pondered, *inter alia*, that:

> "While the notion of war crimes can be traced back centuries, the mid-nineteenth century saw a period of solid codification of the acts constituting a war crime and for which an individual could be held criminally liable. The Lieber Code [of] 1863 [the Oxford Manual of 1880 (. . .)], and in particular the [1874] draft Brussels Declaration, (. . .) inspired the Hague Convention and Regulations [of] 1907. These latter instruments were the most influential of the earlier codifications and were, in 1907, declaratory of the laws and customs of war: they defined, *inter alia*, relevant key notions (combatants, *levée en masse*, *hors de combat*), they listed detailed offences against the laws and customs of war and they provided a residual protection through the Martens clause, to inhabitants and belligerents for cases not covered by the specific provisions of the Hague Convention and Regulations [of] 1907. Responsibility therein was on States, which had to issue consistent instructions to their armed forces and pay compensation if their armed forces violated those rules." (Para. 207.)

112. After reviewing the "Hague" and the "Geneva" branches of humanitarian law, "the latter supplementing the former", in the course of the second half of the nineteenth century and the first half of the twentieth century, the European Court further recalled that the Charter of the Nuremberg Tribunal provided a "non-exhaustive definition of war crimes", and its judgment opined that the humanitarian rules enshrined into the 1907 Hague Convention and Regulations were generally recognized as being "'declaratory of the laws and customs of war' by 1939 and that violations of those provisions constituted crimes for which individuals were punishable" (para. 207).

113. The ECHR then added that "[i]nternational and national law (the latter including transposition of international norms) served as a basis for domestic prosecutions and liability" (para. 208)[128]. In sum, from the review above, it is clear that there has also been further judicial recognition of the fact that, well before the Second World War, ill-treatment of

[128] Cf. also para. 212.

mondiale, il était déjà interdit d'opprimer et de maltraiter les civils (par. 55-70).

111. Dans le même ordre d'idées, la CEDH, dans l'arrêt qu'elle a rendu ultérieurement en l'affaire *Kononov c. Lettonie* (Grande Chambre, 17 mai 2010), a examiné l'évolution du droit international humanitaire de manière encore plus approfondie, des premières codifications du XIX[e] siècle à la période ayant suivi la seconde guerre mondiale (par. 206-217), et elle a conclu que le fait d'infliger à des villageois (de toutes façons hors de combat) «des mauvais traitements, des blessures, puis la mort» constituait, déjà à l'époque du Règlement de La Haye de 1907, «un crime de guerre» (par. 216). La Cour a notamment déclaré ce qui suit:

> «Si la notion de crimes de guerre est connue depuis des siècles, les actes constitutifs de crimes de guerre susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur ont commencé à faire l'objet d'une codification solide au milieu du XIX[e] siècle. Le Code Lieber [de] 1863 ... [le Manuel d'Oxford de 1880] ..., et en particulier le projet de Déclaration de Bruxelles [de 1874], ont ... inspiré la Convention et le Règlement de La Haye de 1907. Ce sont ces deux derniers instruments qui ont été les plus marquants dans le processus de codification. En 1907, ils étaient déclaratifs des lois et coutumes de la guerre: ils définissaient notamment des notions clés pertinentes (combattants, levée en masse, hors de combat), énuméraient en détail les infractions aux lois et coutumes de la guerre et assuraient, par le biais de la clause Martens, une protection résiduelle aux populations et aux belligérants dans les cas non couverts par l'une de leurs dispositions. Ces textes posaient en principe la responsabilité des Etats, qui devaient donner à leurs forces armées des instructions conformes au Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre et verser une indemnité en cas de violation par des membres de leurs forces des dispositions dudit Règlement.» (Par. 207.)

112. Après avoir examiné le droit humanitaire «de La Haye et celui de Genève», «le second complétant le premier», au cours de la seconde moitié du XIX[e] siècle et de la première moitié du XX[e] siècle, la Cour européenne a en outre rappelé que le Statut du Tribunal de Nuremberg «définissait de manière non limitative les crimes de guerre», que dans son jugement le Tribunal avait émis l'opinion que les règles humanitaires qui figuraient dans la convention et le règlement de La Haye de 1907 étaient généralement reconnues comme ««l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre» applicables en 1939 et que les violations de ces textes constituaient des crimes dont les auteurs devaient être punis» (par. 207).

113. La Cour européenne des droits de l'homme ajoute ensuite que «[t]ant le droit international que le droit national (celui-ci incluant les normes internationales transposées) servaient de base aux poursuites et à la détermination de la responsabilité au niveau national» (par. 208)[128]. En résumé, il ressort clairement de ce qui précède qu'il y a aussi eu une

[128] Voir aussi par. 212.

civilians (such as forced labour) was illegal — it was a war crime — and engaged both State and individual responsibility.

3. The Prohibition in Works of Codification

114. The prohibition of forced labour as a form of slavery is not to be taken lightly, keeping in mind the long time it has taken to eradicate it, and the fact that it still survives in our days. Time and time again attention has been drawn into the everlasting struggle against forced labour as slave work. In this respect, in 1958, for instance, J. H. W. Verzijl pointed out that it was "shocking to have to acknowledge" that any attempt to deal with stigmatized abuses and disgraces of the past was "relatively recent". Thus:

> "It will suffice to remind ourselves of the humiliating historical evidence that the formal abolition of slavery was only reluctantly achieved, little by little, during the nineteenth century, that hidden or even overt forms of serfdom still flourish (. . .), that it was still necessary in 1956 to conclude a Convention for the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery, (. . .) a still existing evil surviving from the past."[129]

115. When, early in its life and in the era of the United Nations itself, the International Law Commission (ILC) formulated the *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* (1950), it included, among *"war crimes"*, the "deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory" (Principle VI *(b)*); and it likewise included, among *"crimes against humanity"*, the "enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population" (Principle VI *(c)*)[130]. Codified in 1950, those principles were already deeply-engraved in the universal juridical conscience for a long time. Those crimes were already prohibited by international law likewise for a long time.

116. The fact remains that the prohibition of forced labour as a form of slavery soon marked its presence in endeavours of codification, not only of the ILC in the mid-twentieth century, but also of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in the middle of last decade. In fact, in accordance with a study undertaken by the ICRC entitled *Customary International Humanitarian Law*, published in 2005, uncompen-

[129] J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, pp. 5-6.

[130] UN, *The Work of the International Law Commission*, 7th ed., Vol. I, N.Y., 2007, p. 265.

reconnaissance judiciaire du fait que, bien avant la seconde guerre mondiale, maltraiter les civils (par exemple en leur imposant un travail forcé) était illicite — c'était un crime de guerre — et engageait la responsabilité de l'Etat comme la responsabilité individuelle.

3. L'interdiction dans les travaux de codification

114. L'interdiction du travail forcé en tant que forme d'esclavage ne doit pas être prise à la légère, si l'on songe au temps qu'il a fallu pour éliminer ce phénomène, même s'il survit encore de nos jours. A de nombreuses reprises, l'attention a été appelée sur la lutte sans fin menée à cet égard. En 1958, par exemple, J. H. W. Verzijl a fait observer qu'il était «choquant de devoir reconnaître» que les tentatives faites pour se pencher sur les abus et phénomènes du passé étaient «relativement récentes». Ainsi:

> «Il suffira de rappeler les preuves historiques humiliantes attestant que l'abolition formelle de l'esclavage n'a été réalisée qu'avec réticence, petit à petit, au XIX[e] siècle, que des formes cachées ou même ouvertes de servitude existent encore ..., qu'il était encore nécessaire en 1956 de conclure une convention, la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage ... une sinistre survivance du passé qui existe toujours.»[129]

115. Lorsque, peu après sa création et celle de l'Organisation des Nations Unies elle-même, la Commission du droit international (CDI) a formulé les *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le Jugement de ce tribunal* (1950), elle a fait figurer au nombre des *«crimes de guerre»* la «déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés» (principe VI *b)*); elle a de même fait figurer parmi les *«crimes contre l'humanité»* «la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles» (principe VI *c)*)[130]. Codifiés en 1950, ces principes étaient déjà depuis longtemps profondément gravés dans la conscience juridique universelle. Ces crimes étaient de même déjà interdits depuis longtemps par le droit international.

116. Le fait demeure que l'interdiction du travail forcé en tant que forme d'esclavage est bientôt apparue dans les travaux de codification non seulement de la CDI au milieu du XX[e] siècle, mais aussi du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) au milieu de la dernière décennie. En fait, selon l'étude du CICR intitulée *Droit international humanitaire coutumier*, publiée en 2005, le travail forcé non rémunéré ou abusif

[129] J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, p. 5-6.

[130] Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7[e] éd., vol. I, New York, Nations Unies, 2007, p. 265.

sated and abusive forced labour is prohibited; the study asserts that such prohibition of forced labour attained the status of "a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts"[131] (Rule 95).

4. International Crimes and the Prohibitions of Jus Cogens

117. The fact remains that, by the time of the Second World War, forced labour as a form of slave work was already prohibited by international law. Well before the Second World War, and indeed before the First World War, its wrongfulness was widely acknowledged. The fact that wrongful practices nevertheless persisted, in times of peace and or armed conflict — as they still persist today — does not mean that there was a legal void in that respect. The prohibitions of international law do not cease to exist because violations occur. Quite on the contrary, such violations entail legal consequences for those responsible for them.

118. Already at the beginning of the twentieth century, the Hague Convention (IV) of 1907 contained, in its preamble, the *célèbre Martens clause* (cf. *supra*), invoking, for cases not included in the adopted regulations annexed to it, "the principles of humanity" and "the dictates of the public conscience" (para. 8). Due attention had been taken not to leave anyone outside the protection granted by the *corpus juris gentium* — by conventional and customary international law — against forced and slave work in armaments industry. Such protection was extended by the *jus gentium* to human beings, well before the sinister nightmare and the horrors of the Third Reich.

119. In this line of thinking, in my previous dissenting opinion (paras. 144-146) in the Court's Order of 6 July 2010 in the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy)* (counterclaim), I drew attention (in the light of the submissions of the contending Parties themselves in the present case, not necessarily diverging herein) to the incidence of *jus cogens*, in the absolute prohibition of forced and slave work in the war industry. In this respect, I pondered therein:

> "In fact, we can go back — even before the Second Hague Peace Conference (1907) — to the time of the First Hague Peace Conference (1899) (. . .). By the end of the nineteenth century, in the days of the First Hague Peace Conference, there was a sense that States could incur delictual responsibility for mistreatment of persons (e.g., for transfer of civilians for forced labour); this heralded the subse-

[131] ICRC, *Customary International Humanitarian Law* — Vol. I: *Rules* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Geneva/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005, p. 330, and cf. pp. 331-334; and cf. also ICRC, *Customary International Humanitarian Law* — Vol. II: *Practice* — Part 1 (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Geneva/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005, pp. 2225-2262.

est interdit; selon l'étude, cette interdiction du travail forcé constitue «une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux»[131] (règle 95).

4. Les crimes internationaux et les interdictions du jus cogens

117. Le fait demeure que, lorsque la seconde guerre mondiale a éclaté, le travail forcé était déjà interdit par le droit international comme une forme d'esclavage. Bien avant cette guerre et, de fait, avant la première guerre mondiale, son illicéité était largement reconnue. Le fait que des pratiques illicites aient néanmoins subsisté, en temps de paix ou de conflit armé — comme elles subsistent encore aujourd'hui —, ne signifie pas qu'il y avait un vide juridique à cet égard. Les interdictions du droit international ne disparaissent pas parce que les violations se produisent. Bien au contraire, de telles violations entraînent des conséquences juridiques pour ceux qui en sont responsables.

118. Déjà au début du XX[e] siècle, la convention IV de La Haye (1907) contenait, dans son préambule, la *célèbre clause Martens* (voir *supra*), invoquant, pour les cas qui n'étaient pas couverts par le règlement annexé à la convention, les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» (par. 8). On avait pris soin de faire en sorte que nul ne soit privé de la protection accordée par le *corpus juris gentium* — par le droit international conventionnel et coutumier — contre le travail forcé assimilable à l'esclavage dans l'industrie de l'armement. Le *jus gentium* faisait bénéficier tous les êtres humains de cette protection, bien avant le sinistre cauchemar et les horreurs du III[e] Reich.

119. Dans le même ordre d'idées, dans ma précédente opinion dissidente (par. 144-146) jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle), j'appelais l'attention (à la lumière des conclusions des Parties elles-mêmes, qui n'étaient pas nécessairement divergentes sur ce point) sur l'incidence du *jus cogens* en ce qui concerne l'interdiction absolue du travail forcé dans l'industrie de guerre. A cet égard, je faisais observer:

> «En réalité, on peut remonter — même avant la deuxième conférence de la paix de La Haye (1907) — à l'époque de la première conférence de la paix de La Haye (1899)... A la fin du XIX[e] siècle, on estimait, lors de la première conférence de la paix de La Haye, que les Etats pourraient voir leur responsabilité délictuelle engagée en cas de mauvais traitements infligés à des personnes (à raison, par

[131] CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. I: *Règles* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, p. 330, et voir p. 331-334; voir aussi CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. II: *Pratique*, première partie (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, p. 2225-2262.

quent age of criminal responsibility of individual State officials, with the typification of war crimes and crimes against humanity.

The gradual awakening of human conscience led to the evolution from the conceptualization of the *delicta juris gentium* to that of the violations of international humanitarian law (in the form of war crimes and crimes against humanity) — the Nuremberg legacy — and from these latter to that of the *grave* violations of international humanitarian law (with the four Geneva Conventions on international humanitarian law of 1949, and their I Additional Protocol of 1977)[132]. With that gradual awakening of human conscience, likewise, human beings ceased to be *objects* of protection and became reckoned as *subjects* of rights, starting with the fundamental right to life, encompassing the *right of living* in dignified conditions.

Human beings were recognized as *subjects* of rights in all circumstances, in times of peace as well as of armed conflict. As to the former, may it here be briefly recalled that, well before the 1948 Universal Declaration of Human Rights, in the inter-war period, the pioneering experiments of the minorities system and the mandates system under the League of Nations granted direct access to the individuals concerned to international instances (the Minorities Committees and the Permanent Mandates Commission, respectively), in order to vindicate the rights emanated *directly* from the law of nations (the evolving *jus gentium*). As to the latter, likewise, as from the Second Hague Peace Conference of 1907 onwards, human beings were recognized as being entitled to war reparations claims." (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 385-386, paras. 144-146.)

120. This being so, such right to war reparations claims, being recognized well before the end of the Second World War, could not be waived by States in their agreements with other States; it was related to other rights inherent to the human beings victimized by the cruelty and untold human suffering of arbitrary detention, deportation and forced labour in

[132] I Geneva Convention, Arts. 49-50; II Geneva Convention, Arts. 50-51; III Geneva Convention, Arts. 129-130; IV Geneva Convention, Arts. 146-147; I Additional Protocol, Arts. 85-88. The I Additional Protocol of 1977 (Art. 85) preferred to stick to the terminology of the four Geneva Conventions of 1949 in this particular respect, and maintained the expression of "grave breaches" on international humanitarian law, in view of the "purely humanitarian objectives" of those humanitarian treaties; yet, it saw it fit to state that "grave breaches" of those treaties (the four Geneva Conventions and the I Additional Protocol) "shall be regarded as war crimes" (Art. 85 (5)). Cf. Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 990 and 1003.

exemple, du transfert de civils pour travail forcé); cela annonçait l'époque de la responsabilité pénale des agents individuels de l'Etat qui suivit, avec la consécration des concepts de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

L'éveil progressif de la conscience humaine conduisit à l'évolution allant de la consécration du concept des *delicta juris gentium* à celle des violations du droit international humanitaire (sous la forme des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) — représentant l'héritage de Nuremberg — suivie de celle des violations *graves* du droit international humanitaire (avec les quatre conventions de Genève sur le droit international humanitaire de 1949 et leur protocole additionnel I de 1977)[132]. A la suite de cet éveil progressif de la conscience humaine, les êtres humains cessèrent également d'être un *objet* de protection pour être considérés comme des *sujets* de droits, à commencer par le droit fondamental à la vie, comportant le *droit de vivre* dignement.

Les êtres humains furent reconnus comme *sujets* de droits en toutes circonstances, en temps de paix comme en temps de conflit armé. Pour ce qui est du temps de paix, il convient de rappeler brièvement que, bien avant la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les expériences pionnières du système des minorités et du système des mandats mis en place dans le cadre de la Société des Nations au cours de l'entre-deux-guerres octroyaient un accès direct aux individus concernés aux instances internationales (respectivement les Comités des minorités et la Commission permanente des mandats) pour leur permettre de faire valoir les droits découlant *directement* du droit des gens (le *jus gentium* en évolution). Pour ce qui est de ce dernier également, à partir de la deuxième conférence de la paix de La Haye, les êtres humains se voyaient reconnaître le droit de revendiquer des réparations de guerre.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, pp. 385-386, par. 144-146.)

120. Cela étant, les Etats ne peuvent dans leurs accords avec d'autres Etats renoncer à ce droit de revendiquer des réparations de guerre, reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale; il était lié à d'autres droits inhérents aux êtres humains victimes de la cruauté et de souffrances indicibles causés par la détention arbitraire, la déportation et

[132] Première convention de Genève, art. 49 et 50; deuxième convention de Genève, art. 50 et 51; troisième convention de Genève, art. 129 et 130; quatrième convention de Genève, art. 146 et 147; protocole additionnel I, art. 85 à 88. Le protocole additionnel I de 1977 (art. 85) a préféré s'en tenir à cet égard à la terminologie des quatre conventions de Genève de 1949 et a conservé l'expression d'«infractions graves» au droit international humanitaire, étant donné les «objectifs purement humanitaires» de ces traités humanitaires; il a néanmoins jugé nécessaire de préciser que les «infractions graves» à ces traités (les quatre conventions de Genève et le protocole additionnel I) «[étaie]nt considérées comme des crimes de guerre» (art. 85, par. 5). Voir Y. Sandoz, Ch. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire sur les protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 1016 et 1027.

war industry. I have already considered this point in the present dissenting opinion (cf. Section VII *supra*). In a logical sequence, I deem it now appropriate to turn attention to the oral pleadings of the contending Parties, and the intervening State, on *jus cogens* and removal of immunity, and next to the problem of the opposition of State immunity to the individuals' right of access to justice.

XIII. Oral Pleadings of the Parties, and the Intervening State, on *Jus Cogens* and Removal of Immunity: Assessment

121. As to *jus cogens* and *State immunity*, Germany contends that reference is here made to primary rules of international law and not secondary rules (such as the consequences of violations)[133]. Germany argues that there cannot be an issue of conflict between two rules of general international law, only a question of whether one of them has been modified by the operation of the other, and in the present case, in its view, State practice does not indicate that rules of State immunity have been modified in any way[134].

122. Italy, in turn, claims that *jus cogens* norms have effects on the realm of State responsibility, also for the prevention of breaches of international law[135]. Italy's position is that in some specific cases, there is a right to lift immunity in order to enforce *jus cogens* rules[136]. Hence the correctness of the decision of the Italian Court of Cassation to lift immunity in such cases of violation of *jus cogens* rules, putting an end to the continuation of the violation by Germany[137].

123. Greece, for its part, argued that, according to the Greek courts, if rules endowed with a peremptory character have been breached, State immunity cannot be invoked[138]; in its view, the attempt to draw a distinction between a substantive rule *(jus cogens)* and a procedural one (State immunity) does not have a legal value. A procedural rule cannot take precedence over the substantive *jus cogens* rule, since that would be inconsistent with the purpose and *ratio* of the substantive rule, and would result in impunity for the States that have committed such grave breaches of peremptory norms[139]. Moreover — it added — such a distinction

[133] CR 2011/17, pp. 49-50, para. 3; it further argues that *jus cogens* cannot be understood as expressing principles of law of higher value that override all other principles which express less high values.
[134] *Ibid.*, p. 53, para. 6.
[135] CR 2011/18, pp. 47-48, para. 25.
[136] *Ibid.*, p. 49, para. 28.
[137] *Ibid.*, pp. 56-58, paras. 16-18.
[138] CR 2011/19, p. 36, para. 98.
[139] *Ibid.*, p. 37, para. 102.

le travail forcé dans les industries de guerre. J'ai déjà examiné ce point dans la présente opinion dissidente (voir section VII *supra*). Suivant l'ordre logique, je vais maintenant me pencher sur les plaidoiries des Parties et de l'intervenant en ce qui concerne le *jus cogens* et le refus d'accorder l'immunité, puis sur le problème de l'opposition entre immunité de l'Etat et droit d'accès à la justice de l'individu.

XIII. Plaidoiries des Parties et de l'État intervenant concernant le *jus cogens* et le refus d'accorder l'immunité : évaluation

121. En ce qui concerne le *jus cogens* et l'*immunité de l'Etat*, l'Allemagne soutient que le *jus cogens* concerne les règles primaires du droit international et non les règles secondaires (par exemple les conséquences des violations)[133]. Elle fait valoir qu'il ne peut s'agir d'un conflit entre deux règles de droit international général mais qu'il s'agit uniquement de la question de savoir si une règle a été modifiée par l'effet de l'autre, et, dans la présente affaire, pour l'Allemagne, la pratique des Etats n'indique pas que les règles de l'immunité de l'Etat aient été modifiées d'une manière quelconque[134].

122. L'Italie, pour sa part, soutient que les normes du *jus cogens* ont des effets dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, de même qu'en ce qui concerne la prévention des infractions au droit international[135]. Selon l'Italie, dans certains cas, le droit international permet de refuser d'accorder l'immunité afin de donner effet à des règles du *jus cogens*[136]. C'est pourquoi la décision de la Cour de cassation italienne d'écarter l'immunité en cas de violation de règles du *jus cogens* était correcte, en ce qu'elle mettait fin à la violation continue de l'Allemagne[137].

123. La Grèce fait quant à elle valoir que, selon les tribunaux grecs, s'il y a eu violation de règles de caractère impératif, l'immunité de l'Etat ne peut être invoquée[138] ; selon elle, il n'était pas juridiquement justifié de tenter d'établir une distinction entre une règle substantielle (le *jus cogens*) et une règle procédurale (l'immunité de l'Etat). Une règle procédurale ne pouvait prévaloir sur une règle substantielle du *jus cogens*, car cela serait incompatible avec l'objet et la raison d'être de la règle substantielle, et reviendrait à accorder l'impunité aux Etats ayant commis des violations graves de normes impératives[139]. De plus — ajoutait-elle — une telle dis-

[133] CR 2011/17, p. 49-50, par. 3; il fait valoir en outre que le *jus cogens* ne peut être compris comme exprimant des principes de droit de valeur supérieure qui primeraient tous les autres principes, exprimant des valeurs moindres.
[134] *Ibid.*, p. 53, par. 6.
[135] CR 2011/18, p. 47-48, par. 25.
[136] *Ibid.*, p. 49, par. 28.
[137] *Ibid.*, p. 56-58, par. 16-18.
[138] CR 2011/19, p. 36, par. 98.
[139] *Ibid.*, p. 37, par. 102.

would hamper the right to an effective remedy, as provided for in international instruments[140]; thus, effective access to courts for the enforcement of such rules (with no bar to jurisdiction due to immunity) ought to be recognized[141].

124. Germany retorted that a decision to set aside immunity would destabilize peace settlements and the principle of *pacta sunt servanda* itself, as all peace treaties would be undermined by individual suits for compensation (and even Italy itself could face such suits)[142]. It also claimed that the common good ought not to be undermined for the individual good — and thus human rights cannot be recognized to be able to jeopardize the structure of the international society.

125. Italy replied that what is requested from the Court is to examine the legality of certain decisions of Italian courts based on a very specific factual background, which makes the present case unique. Thus, the decision of the Court cannot be considered to have the catastrophic consequences that Germany claims that it may have on the whole international legal system[143]. Italy added that its view brings one closer to the "principle of complementarity", as its argument is that an individual has the right to address his/her national courts only if he/she is unsuccessful before the courts of the State in breach[144].

126. As to the judgment of the *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case, Greece recounts the proceedings before Greek courts and the decisions thereof, and argues that the Greek Special Supreme Court is not a "constitutional court"; it enjoys such a role only in limited situations regarding the constitutionality of laws and it does not correspond to the courts of other States, the decisions of which take precedence within their legal order[145]. Thus, the impact of the decision in the Greek legal order raises some questions, but cannot be considered as having reversed the decision of *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case[146].

127. In this respect, Germany claims that, despite the arguments raised by Greece, it is a fact that following the Special Supreme Court's decision on the *Margellos* case, the Greek legal order does not recognize any limitation to sovereign immunity for acts *jure imperii*, as the decision of that

---

[140] CR 2011/19, p. 38, para. 106.

[141] *Ibid.*

[142] CR 2011/17, pp. 55-56, para. 13. It further claimed that there is a risk of creating a culture of *"forum shopping"*, which would cause serious problems in international relations and would create an issue for the ownership of property abroad; *ibid.*, p. 59, para. 18.

[143] CR 2011/21, pp. 14-16, paras. 4-7. Italy further questioned whether the risk of *"forum shopping"*, as argued by Germany, is a real risk or not; Italy claimed that its argument and that of the Italian Court of Cassation have nothing to do with any sort of "universal civil jurisdiction"; *ibid.*, pp. 49-50, paras. 31-33.

[144] *Ibid.*, pp. 49-50, paras. 31-33.

[145] CR 2011/19, pp. 23-24.

[146] *Ibid.*, pp. 23-24, paras. 43 and 46.

tinction entraverait l'exercice du droit à un recours effectif consacré dans divers instruments internationaux[140]; ainsi, l'accès effectif aux tribunaux pour faire respecter de telles règles (sans que l'immunité fasse obstacle à la compétence) devait être reconnu[141].

124. L'Allemagne a répondu à cela que décider d'écarter l'immunité déstabiliserait les règlements de paix et le principe *pacta sunt servanda* lui-même, car tous les traités de paix seraient compromis par des actions individuelles en réparation (l'Italie elle-même pourrait se trouver confrontée à de tels procès)[142]. Elle faisait aussi valoir que l'intérêt collectif ne devait pas être mis en péril par celui de l'individu, et qu'on ne pouvait permettre que les droits de l'homme portent ainsi atteinte à la structure de la société internationale.

125. L'Italie a répondu que ce qui était demandé à la Cour était d'examiner la légalité de certaines décisions de tribunaux italiens sur la base d'un contexte factuel très précis, qui rendait la présente affaire unique. Ainsi, la décision que rendrait la Cour ne pouvait être considérée comme risquant d'avoir les conséquences catastrophiques sur l'ensemble de l'ordre juridique international qu'invoquait l'Allemagne[143]. L'Italie ajoutait que sa position se rapprochait du «principe de complémentarité», puisqu'elle faisait valoir qu'un individu ne pouvait saisir ses tribunaux nationaux que s'il avait vainement saisi ceux de l'Etat auteur de la violation[144].

126. Quant au jugement de l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, la Grèce relate la procédure devant les tribunaux grecs et les décisions de ceux-ci, et affirme que la Cour suprême spéciale grecque n'est pas une «cour constitutionnelle»; elle n'a vocation à apprécier la constitutionnalité des lois que dans un nombre limité de situations et elle n'est pas assimilable aux cours constitutionnelles d'autres Etats, dont les décisions ont valeur de précédent dans leur ordre juridique interne[145]. Ainsi, l'impact de cette décision dans l'ordre juridique grec soulève des questions, mais on ne peut considérer qu'il a inversé la décision rendue par l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*[146].

127. A cet égard, l'Allemagne soutient que, quoi qu'en dise la Grèce, c'est un fait que, à la suite de la décision de la Cour spéciale suprême dans l'affaire *Margellos*, l'ordre juridique grec ne reconnaît aucune limite à l'immunité souveraine pour les actes *jure imperii*, puisque la décision de

[140] CR 2011/19, p. 38, par. 106.

[141] *Ibid.*

[142] CR 2011/17, p. 55-56, par. 13. L'Allemagne affirme également qu'on risque ainsi de créer une culture du «*forum shopping*», ce qui causerait de graves problèmes dans les relations internationales et poserait un problème s'agissant des biens dont les Etats sont propriétaires à l'étranger; *ibid.*, p. 59, par. 18.

[143] CR 2011/21, p. 14-16, par. 4-7. L'Italie contestait également qu'il existât, comme le faisait valoir l'Allemagne, un risque réel de «*forum shopping*»; pour l'Italie, sa position et celle de la Cour de cassation italienne n'avaient rien à voir avec une quelconque «compétence civile universelle»; *ibid.*, p. 49-50, par. 31-33.

[144] *Ibid.*, p. 49-50, par. 31-33.

[145] CR 2011/19, p. 23-24.

[146] *Ibid.*, p. 23-24, par. 43 et 46.

court is a binding precedent for all Greek courts[147]. Germany also argues that the recognition and the enforcement of the Greek decision in the *Distomo* case by the Italian courts violated Germany's immunity[148]. In this regard, Germany also notes the acceptance of the Agent of Italy regarding the illegality of the judicial mortgage on the Villa Vigoni and the will of Italy to remedy the situation[149].

128. Italy argues that the enforcement of the *Distomo Massacre* judgment was not a consequence of the alleged *"forum shopping"* created by the *Ferrini* decision, and that there is no principle that renders any foreign State immune for recognitions proceedings. Furthermore, it argues that since the Greek courts had not recognized immunity to Germany based on the same justifications and on similar circumstances as those of the *Ferrini* case, Italy had no duty to accord immunity to Germany[150].

129. In my understanding, what jeopardizes or destabilizes the international legal order are the international crimes and not individual suits for reparation in the search for justice. In my perception, what troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice. When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts *jure imperii*. They are anti-juridical acts, they are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. This would block the access to justice, and impose impunity. It is, in fact, the opposite that should take place: breaches of *jus cogens* bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done.

XIV. State Immunity *v.* the Right of Access to Justice

1. The Prevailing Tension in the Case Law of the European Court of Human Rights

(a) *The* Al-Adsani *case (2001)*

130. The tension between the right of access to justice and State immunity has been present in the recent case law of the European Court of Human Rights (ECHR). The leading case of *Al-Adsani* v. *United Kingdom* (2001) concerned the claim of a dual British/Kuwaiti national against the United Kingdom, wherein he argued that British courts had failed, in

[147] CR 2011/20, p. 19, para. 10.
[148] *Ibid.*, pp. 28-29, paras. 28-30.
[149] *Ibid.*, p. 29, para. 31.
[150] CR 2011/21, pp. 28-29, paras. 1-4.

cette cour est un précédent qui s'impose à tous les tribunaux grecs[147]. Elle soutient aussi que la reconnaissance et l'exécution de la décision grecque rendue dans l'affaire *Distomo* par les tribunaux italiens ont violé son immunité[148]. A cet égard, l'Allemagne relève également que l'agent de l'Italie a admis l'illégalité de l'hypothèque judiciaire prise sur la Villa Vigoni et la volonté de l'Italie de remédier à cette situation[149].

128. L'Italie fait valoir que l'exécution du jugement rendu dans l'affaire *Distomo* n'a pas été la conséquence du *«forum shopping»* qu'aurait créé la décision *Ferrini*, et qu'aucun principe ne confère d'immunité à l'Etat en matière d'exequatur. Elle fait en outre valoir que, puisque les tribunaux grecs n'ont pas reconnu l'immunité à l'Allemagne pour les mêmes raisons que dans l'affaire *Ferrini* et dans des circonstances similaires, elle n'avait aucune obligation d'accorder l'immunité à l'Allemagne[150].

129. Selon moi, ce qui compromet ou déstabilise l'ordre juridique international, ce sont les crimes internationaux et non les actions en réparation engagées par des individus souhaitant obtenir justice. A mon avis, c'est l'occultation de tels crimes internationaux associés à l'impunité dont bénéficient leurs auteurs, et non la quête de justice des victimes, qui trouble l'ordre international. Lorsqu'un Etat mène une politique criminelle consistant à assassiner des segments de sa propre population et de la population d'autres Etats, il ne peut, ultérieurement, se protéger en invoquant les immunités souveraines, qui n'ont jamais été conçues à cette fin. Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui constituent des crimes internationaux ne sont pas du tout des actes *jure imperii*. Il s'agit d'actes antijuridiques, de violations du *jus cogens*, que l'on ne peut tout simplement pas faire disparaître ou jeter aux oubliettes en invoquant l'immunité de l'Etat. Cela bloquerait l'accès à la justice et ferait triompher l'impunité. En fait, c'est l'opposé qui devrait se produire: les violations du *jus cogens* écartent les revendications d'immunité souveraine de manière à ce que justice puisse être faite.

XIV. L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT CONTRE LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

1. La tension existant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

a) *L'affaire* Al-Adsani *(2001)*

130. La tension entre le droit d'accès à la justice et l'immunité de l'Etat s'est manifestée dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). L'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2001), qui a fait date, avait son origine dans une requête d'une personne ayant la double nationalité britannique et koweïtienne qui faisait valoir que les

[147] CR 2011/20, p. 19, par. 10.
[148] *Ibid.*, p. 28-29, par. 28-30.
[149] *Ibid.*, p. 29, par. 31.
[150] CR 2011/21, p. 28-29, par. 1-4.

breach of Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights, to protect his right of access to a court by granting State immunity to Kuwait, against which he had brought a civil suit for torture suffered while he was detained by the authorities in Kuwait.

131. In its judgment of 21 November 2001, the ECHR (Grand Chamber), while accepting that the prohibition of torture has acquired the status of a norm of *jus cogens* in international law, nevertheless found itself unable to discern any firm basis for the conclusion that a State "no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged"[151]. This decision of the ECHR (Grand Chamber) was taken by nine votes to eight[152]. The shortcomings of the majority's reasoning are well formulated in the joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić; they rightly concluded that, when there is a conflict between a *jus cogens* norm and any other rule of international law, the former prevails, with the consequence that the conflicting rule does not have legal effects which contradict the content of the peremptory rule[153].

132. In my understanding, the dissenting judges touched upon the crux of the matter in the majority's reasoning. Unlike the majority, they duly drew the necessary consequence of the finding that the prohibition of torture has attained the status of *jus cogens*, namely: a State cannot hide itself behind the rules of State immunity in order to evade the consequences of its actions and to avoid civil proceedings for a claim of torture before a foreign jurisdiction[154]. The dissenting judges also reasoned that the distinction drawn by the majority between criminal and civil proceedings is not in line with the very essence of the operation of *jus cogens* rules: indeed, the criminal or civil nature of the proceedings at issue is not material, as what really matters is the fact that there was a violation of a *jus cogens* norm and thus any jurisdictional bar has to be lifted "by the very interaction of the international rules involved"[155].

133. Similarly, in his dissenting opinion, Judge Loucaides pondered that, once it is accepted that the prohibition of torture is indeed a *jus cogens* norm, the consequence is that no immunity can be invoked in respect of proceedings whose object is the attribution of responsibility for acts of torture[156]. It is indeed regrettable that the reasoning of the Court's majority failed to draw the relevant conclusions of the finding that the

[151] ECHR, *Al-Adsani* v. *United Kingdom*, application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, paras. 59-61.

[152] On the question of the alleged violation of Article 6 of the Convention.

[153] ECHR, *Al-Adsani* v. *United Kingdom*, application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 1.

[154] *Ibid.*, para. 3.

[155] *Ibid.*, para. 4.

[156] *Ibid.*, dissenting opinion of Judge Loucaides, p. 1.

tribunaux britanniques, en violation des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme, n'avaient pas protégé son droit d'accès à un tribunal en accordant l'immunité à l'Etat koweïtien, contre lequel il avait engagé une procédure devant les tribunaux civils en invoquant les tortures subies alors qu'il était détenu par les autorités au Koweït.

131. Dans son arrêt du 21 novembre 2001, la CEDH (Grande Chambre), tout en reconnaissant que l'interdiction de la torture avait acquis le statut de norme de *jus cogens* en droit international, s'est néanmoins déclarée incapable de discerner aucun élément solide lui permettant de conclure qu'un Etat «ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture»[151]. Cette décision a été adoptée par la CEDH (Grande Chambre) par neuf voix contre huit[152]. Les carences du raisonnement majoritaire sont bien formulées dans l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch, auxquels se sont joints les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić; ils conclurent à juste titre que, lorsqu'il y a conflit entre une norme du *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première prévaut, avec la conséquence que la règle en conflit avec elle n'a pas d'effets juridiques contredisant le contenu de la norme impérative[153].

132. A mon avis, les juges dissidents ont relevé la carence fondamentale du raisonnement de la majorité. A la différence de celle-ci, ils ont dûment tiré la conséquence nécessaire de la conclusion selon laquelle l'interdiction de la torture avait acquis le statut de norme du *jus cogens*, à savoir qu'un Etat ne peut s'abriter derrière les règles de l'immunité de l'Etat pour se soustraire aux conséquences de ses actes et échapper à une procédure civile découlant d'allégations de torture devant un tribunal étranger[154]. Les juges dissidents ont aussi fait valoir que la distinction faite par la majorité entre la procédure civile et la procédure pénale ne s'accordait pas avec la finalité même des règles de *jus cogens*: ils considèrent que la nature pénale ou civile de la procédure n'est pas pertinente, car ce qui compte réellement est le fait qu'il y a eu violation d'une norme du *jus cogens* et qu'ainsi l'obstacle juridictionnel a été écarté «par l'interaction même des règles internationales en jeu»[155].

133. De même, dans son opinion dissidente, le juge Loucaides a fait observer que, une fois que l'on acceptait que l'interdiction de la torture était effectivement une norme du *jus cogens*, il en découlait qu'aucune immunité ne pouvait être invoquée dans le cadre d'une procédure visant à attribuer à une partie la responsabilité d'actes de torture[156]. Il est effectivement regrettable que dans son raisonnement la majorité de la Cour

---

[151] CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 59-61.

[152] Sur la question de la violation alléguée de l'article 6 de la convention.

[153] CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić, par. 1.

[154] *Ibid.*, par. 3.

[155] *Ibid.*, par. 4.

[156] *Ibid.*, opinion dissidente du juge Loucaides, p. 1.

prohibition of torture is a *jus cogens* norm, which would entail, in the circumstances of the *Al-Adsani* case, an invalidating effect on the plea of State immunity[157]. Yet, the Court's majority at least accepted the customary law nature of rules on State immunity, with the recognition of their state of transition and of the possibility of imposing limitations upon them (even when States act *jure imperii*), which seems to leave the door open for future developments in the correct line[158].

134. In the present case of Germany *v.* Italy before this Court, Italian courts rightly drew the necessary legal conclusion on the effect of violations of norms that have the status of *jus cogens* upon the plea for State immunity in relation to civil claims. The facts underpinning the present case constitute violations of peremptory norms, and the responsibility of Germany for these violations is not contested. Thus, in the line of the right reasoning of the dissenting judges in the case of *Al-Adsani* before the ECHR, the consequence is that Germany cannot hide behind rules of State immunity to avoid proceedings relating to reparations for violations of *jus cogens* norms before a foreign jurisdiction (Italy). In this regard, it should not pass unnoticed that, unlike in the *Al-Adsani* case, where the complained conduct did not take place in the forum State (but rather in Kuwait), some of the claims lodged with Italian courts pertained to crimes committed in whole or in part on the territory of Italy itself[159].

(b) *The* McElhinney *case (2001)*

135. The *McElhinney* v. *Ireland* case (2001) concerned a claim for damages, pertaining to a legal action lodged in Ireland against both the British soldier who shot the claimant and the Secretary of State for Northern Ireland. The domestic courts rejected his claim on the basis of the plea of immunity submitted by the United Kingdom. The ECHR (Grand Chamber), in its judgment of 21 November 2001, held that, while there appeared to be "a trend in international and comparative law towards limiting State immunity" for personal injury caused by an act or omission committed in the territory of the forum State, the practice was "by no means universal" (para. 38). It then found, by twelve votes to five, that the decisions of the Irish courts had not exceeded "the margin of appreciation in limiting an individual's right to access to court" (para. 40).

136. Two of the five dissenting judges (Rozakis and Loucaides), in their respective individual dissenting opinions, held that the majority's decision did not take into account developments in international law, and

[157] Cf. Ch. L. Rozakis, "The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights", 61 *Revue hellénique de droit international* (2008), pp. 579-680.

[158] Cf. *ibid.*, p. 593.

[159] CR 2011/18, pp. 41-46.

n'ait pas tiré les conclusions qui découlaient de la constatation que l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, ce qui, dans les circonstances de l'affaire *Al-Adsani*, aurait invalidé l'invocation de l'immunité souveraine[157]. Pourtant, la majorité de la Cour a au moins admis le caractère de droit coutumier des règles sur l'immunité de l'Etat, en reconnaissant qu'elles étaient en transition et qu'il était possible de leur imposer des limites (même lorsque les Etats agissaient *jure imperii*), ce qui semble laisser la porte ouverte à une évolution future dans la bonne direction[158].

134. Dans la présente affaire opposant l'Allemagne à l'Italie, c'est à juste titre que les tribunaux italiens ont tiré la conclusion juridique nécessaire de l'effet des violations de normes qui ont le statut de *jus cogens* sur l'invocation de l'immunité de l'Etat dans des procédures civiles. Les faits dont découle la présente affaire constituent des violations des normes impératives, et la responsabilité de l'Allemagne n'est pas contestée s'agissant de ces violations. Ainsi, comme l'ont soutenu à juste titre les juges dissidents dans l'affaire *Al-Adsani* dont a connu la CEDH, la conséquence est que l'Allemagne ne peut se cacher derrière les règles de l'immunité de l'Etat pour se soustraire à des actions en réparation engagées devant une juridiction étrangère (Italie) pour des violations de normes du *jus cogens*. A cet égard, il convient de remarquer qu'à la différence de l'affaire *Al-Adsani*, dans laquelle les faits visés n'avaient pas eu lieu dans l'Etat du for (mais au Koweït), certaines des demandes introduites devant les tribunaux italiens concernaient des crimes commis totalement ou en partie sur le territoire italien lui-même[159].

b) *L'affaire* McElhinney *(2001)*

135. L'affaire *McElhinney c. Irlande* (2001) concernait une demande en dommages-intérêts, touchant une action en justice introduite en Irlande contre le militaire britannique qui avait tiré sur le requérant et contre le Secrétaire d'Etat à l'Irlande du Nord. Les tribunaux internes ont débouté le requérant, le Royaume-Uni ayant invoqué l'immunité. La CEDH (Grande Chambre), dans son arrêt du 21 novembre 2001, a jugé que, s'il semblait exister en droit international et comparé «une tendance à limiter l'immunité des Etats» en cas de dommages corporels dus à un acte ou à une omission survenus dans l'Etat du for, cette pratique n'était «nullement universelle» (par. 38). Elle a donc décidé, par douze voix contre cinq, que les décisions des juridictions irlandaises n'avaient pas outrepassé «la marge d'appréciation reconnue aux Etats quand il s'agit de limiter le droit d'accès d'un individu à un tribunal» (par. 40).

136. Deux des cinq juges dissidents (les juges Rozakis et Loucaides), dans leurs opinions dissidentes respectives, ont considéré que la décision de la majorité ne tenait pas compte de l'évolution du droit international et

[157] Voir Ch. L. Rozakis, «The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights», *Revue hellénique de droit international*, vol. 61 (2008), p. 579-680.

[158] Voir *ibid.*, p. 593.

[159] CR 2011/18, p. 41-46.

disproportionately restricted the right of access to courts, unduly affecting and impairing the essence of this right. Judge Loucaides added that

> "The international law immunities originated at a time when individual rights were practically non-existent and when States needed greater protection from possible harassment through abusive judicial proceedings. The doctrine of State immunity has in modern times been subjected to an increasing number of restrictions, the trend being to reduce its application in view of developments in the field of human rights which strengthen the position of the individual." (Para. 4.)

137. The other three dissenting judges (Caflisch, Cabral Barreto and Vajić), in their joint dissenting opinion, also supported compliance with the right of access to courts under Article 6 (1) of the European Convention (disproportionately restricted in the present case), as under Article 12 of the UN Convention on the Jurisdictional Immunity of States and their Property, there was at present "no international *duty*, on the part of States, to grant immunity to other States in matters of torts caused by the latter's agents". They further pondered that

> "The principle of State immunity has long ceased to be a blanket rule exempting States from the jurisdiction of courts of law. (. . .) [T]he edifice of absolute immunity of jurisdiction (and even of execution) began to crumble, in the first quarter of the twentieth century, with the advent of State trading (. . .).
>
> (. . .) [E]xceptions to absolute immunity have gradually come to be recognized by national legislators and courts, initially in continental Western Europe and, much later, in common law countries (. . .)
>
> The exceptions in question have also found their way into the international law on State immunity, especially the tort exception." (Paras. 2-4.)

138. In the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court, it is telling — as Italy argues — that the claimants pursued their suit before German courts, which did not find in their favour. Thus, the reasoning of the ECHR in the *McElhinney* case, that it was open to the applicant to bring a legal action in Northern Ireland (as he in fact did), is not readily applicable to the circumstances of the present case before this Court, as the original claimant did pursue other avenues before turning to Italian courts: in the present case there was no other reasonable alternative means to protect the rights at stake effectively[160].

[160] Cf. Counter-Memorial of Italy, para. 4.100. Cf. also Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9, where Italy states that "had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation".

restreignait de manière disproportionnée le droit d'accès à un tribunal, portant indûment atteinte à l'essence de ce droit. Le juge Loucaides ajoutait :

> « Les immunités du droit international sont nées à une époque où les droits individuels n'existaient pratiquement pas et où les Etats avaient besoin de se protéger davantage contre un éventuel harcèlement sous la forme de procédures judiciaires abusives. A l'époque moderne, la théorie de l'immunité de l'Etat fait de plus en plus l'objet de restrictions, la tendance étant à réduire son application en raison de l'évolution qui a eu lieu dans le domaine des droits de l'homme et qui renforce la position de l'individu. » (Par. 4.)

137. Les trois autres juges dissidents (les juges Caflisch, Cabral Barreto et Vajić), dans leur opinion dissidente commune, ont également défendu le respect du droit d'accès à un tribunal consacré au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne (restreint de manière disproportionnée en l'espèce), indiquant que, aux termes de l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, les Etats n'ont « aucune *obligation* internationale d'accorder l'immunité à d'autres Etats quand des actes dommageables d'agents de ceux-ci sont en cause ». Ils ont fait observer ce qui suit :

> « Le principe de l'immunité des Etats a cessé depuis longtemps d'être une règle générale faisant échapper les Etats à la compétence des tribunaux... [l]a construction de l'immunité absolue de juridiction (et même d'exécution) a commencé à se fissurer dans le premier quart du XX^e siècle, avec l'avènement de l'Etat commerçant...
>
> ... Les législateurs et tribunaux nationaux, d'abord en Europe occidentale continentale et, beaucoup plus tard, dans les pays de la *common law*, ont peu à peu reconnu les exceptions à l'immunité absolue...
>
> Les exceptions dont il s'agit, en particulier celles relatives aux quasi-délits, se sont aussi introduites dans le droit international régissant l'immunité des Etats. » (Par. 2-4.)

138. Dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dont la Cour est saisie, il est révélateur, comme le fait valoir l'Italie, que les plaignants aient saisi les tribunaux allemands, qui les ont déboutés. Ainsi, le raisonnement de la CEDH dans l'affaire *McElhinney*, selon lequel le requérant avait la faculté de saisir la justice en Irlande du Nord (ce qu'il a effectivement fait), ne peut être appliqué tel quel aux circonstances de la présente affaire, puisque le plaignant initial a bien recouru à d'autres voies de droit avant de se tourner vers les tribunaux italiens : dans la présente espèce, il n'y avait pas d'autre moyen raisonnable de protéger efficacement les droits en cause[160].

[160] Voir contre-mémoire de l'Italie, par. 4.100. Voir également réponses écrites de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 9, document dans lequel l'Italie déclare que, « si les juges nationaux n'avaient pas écarté l'immunité, il ne serait resté aux victimes de crimes de guerre aucun autre moyen d'obtenir réparation ».

(c) *The* Fogarty *case (2001)*

139. The case of *Fogarty* v. *United Kingdom* (judgment of 21 November 2001) concerned an employment-related dispute (an allegation of victimization and discrimination by a former employee of the US Embassy in London). The ECHR observed in this case that there was a trend in international and comparative law towards limiting State immunity with respect to employment-related disputes. It further noted that the ILC did not intend to exclude the application of State immunity when the subject of the proceedings was recruitment, including recruitment to a diplomatic mission.

140. The ECHR concluded that State practice concerning employment of individuals by an embassy of a foreign State is not uniform. The ECHR observed that the limitations applied to the right of access to court must "not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired" (para. 33), but decided as in the other aforementioned cases. In the circumstances of the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court, it seems, however, as Italy argued, that "no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation"[161].

(d) *The* Kalogeropoulou and Others *case (2002)*

141. Last but not least, the case of *Kalogeropoulou and Others* (2002) was brought by applicants who were relatives of the victims of the Distomo massacre. The applicants raised complaints under Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. The ECHR's Chamber seized of the case declared it inadmissible (decision of 12 December 2002), even though, unlike the case of *Al-Adsani*, this case of *Kalogeropoulou and Others* pertained to crimes against humanity committed in the territory of the forum State (i.e., Greece). Notwithstanding, the Court's Chamber's decision rested on the premise that the right of access to court may be subject to limitations (proportionate to the aim pursued). Such limitations, however, in my understanding cannot impair the very essence of the right of access to court.

142. The conclusion reached by the Court's Chamber was that some restrictions on access to court ought to be regarded as inherent to fair trial, and it referred to State immunity; but it added that this "does not preclude a development in customary international law in the future" (p. 9). This statement seems to go slightly further than the finding in the *Al-Adsani* and the *McElhinney* precedents, which did not expressly articulate this "open door" for future developments. Even if such an "open door" for future developments may not appear an entirely sufficient finding of the ECHR's Chamber, it thus at least reckoned, one decade ago

[161] Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9.

c) *L'affaire* Fogarty *(2001)*

139. L'affaire *Fogarty c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 novembre 2001) concernait un litige en matière d'emploi (une allégation de victimisation et de discrimination formulée par une ex-employée de l'ambassade des Etats-Unis à Londres). La CEDH a dans cette affaire fait observer qu'il existait une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité des Etats dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi. Elle a de plus relevé que la CDI n'entendait pas exclure l'application de l'immunité des Etats lorsque la procédure avait pour objet l'engagement d'une personne, y compris l'engagement sur un poste d'une mission diplomatique.

140. La CEDH a conclu que la pratique des Etats concernant l'emploi d'individus par l'ambassade d'un Etat étranger n'était pas uniforme. Elle a fait observer que les limitations au droit d'accès à un tribunal «ne restreign[aien]t pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même» (par. 33), mais elle a tranché comme dans les affaires susmentionnées. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, il semble, comme l'a fait valoir l'Italie, qu'«il ne serait resté aux victimes de crimes de guerre aucun autre moyen d'obtenir réparation»[161].

d) *L'affaire* Kalogeropoulou et autres *(2002)*

141. Enfin, mais non moins importante, l'affaire *Kalogeropoulou et autres* (2002) concerne une procédure engagée par des parents des victimes du massacre de Distomo. Les requérants invoquaient l'article 6 de la convention européenne et l'article premier du protocole n° 1 à celle-ci. La Chambre de la CEDH saisie de l'affaire déclara la requête irrecevable (décision du 12 décembre 2002) alors que, comme cela n'était pas le cas dans l'affaire *Al-Adsani*, la requête concernait des crimes contre l'humanité commis sur le territoire de l'Etat du for (c'est-à-dire la Grèce). Ce nonobstant, la décision de la Chambre de la Cour reposait sur le postulat que le droit d'accès à un tribunal pouvait être soumis à des restrictions (proportionnelles au but poursuivi). Néanmoins, selon moi, de telles restrictions ne sauraient porter atteinte à l'essence même du droit d'accès à un tribunal.

142. La conclusion à laquelle la Chambre de la Cour est parvenue était que certaines restrictions au droit d'accès à un tribunal devaient être considérées comme inhérentes à la garantie d'un procès équitable, et elle a mentionné l'immunité des Etats; mais elle a ajouté «ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur» (p. 9). Ce prononcé semble aller un peu plus loin que ce qu'a jugé la Cour dans les affaires *Al-Adsani* et *McElhinney*, qui ne laissaient pas expressément la «porte ouverte» à des développements futurs. Même si cette conclusion selon laquelle «une porte est ouverte» pour des développements futurs ne

[161] Réponses écrites de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 9.

(in 2002), that the law on the matter at issue was undergoing a process of transition[162].

2. The Prevailing Tension in the Case Law of National Courts

143. The aforementioned tension, prevailing also in the case law of national courts, was the object of attention of the contending Parties in their oral pleadings before the Court, particularly in their respective views of the judgment of the Italian Court of Cassation in the *Ferrini* case (2004). Germany claimed that the *Corte di Cassazione* decided to substitute itself for the legislator and introduce a new rule, which has not yet gained international support in State practice and judicial decisions of other States[163]; it further contended that the practice of domestic courts shows recognition of the rule of State immunity even in cases of international crimes[164]. Germany concluded on this point that the *Ferrini* judgment of the *Corte di Cassazione* remained, in its view, an isolated decision in State practice, and that jurisdictional immunity in respect of acts *jure imperii* remains a firm rule in international law[165].

144. Italy, in turn, argued that the *Ferrini* decision did not harm the rule of immunity, which still remains fundamental, but rather redefined it in order to ensure compliance with the basic obligations of the international community[166]; sovereign immunity for acts *jure imperii* is not to be regarded as absolute, as it is subject to exceptions such as the tort exception. It is, in its view, for national courts to classify and define the acts of a foreign State in order to decide whether they are covered by immunity or not[167]. Italy further contended that, in the *Ferrini* case, the *Corte di Cassazione* also ensured the effective access to justice for victims of violations, which has two constitutive elements: the right to a fair trial and the right to reparation. Since, according to the German courts, Mr. Ferrini and the other vic-

[162] The Court's Chamber placed much emphasis on the fact that it was necessary, under Greek law, that the Minister of Justice authorized enforcements proceedings (Article 923 of the Greek Code of Civil Procedure), which was not obtained in the case at issue (cf. pp. 11-12). In this sense, the *Ferrini* case in Italy can be distinguished on this basis, since in Italy the consent of the Minister of Justice does not seem to be necessary for enforcement proceedings.

[163] CR 2011/17, pp. 21-22, and pp. 29-31, paras. 16-17, and pp. 27-28, paras. 13-14.

[164] *Ibid.*, p. 33, para. 27, and cf. para. 26. It further argued that the *Ferrini* judgment did not distinguish between substantive and procedural rules, besides disregarding the systemic context of war reparations, which allegedly falls under the exclusive competence of States and are based on mutual understandings (or the action of the Security Council); *ibid.*, p. 25, para. 9. Germany claimed, moreover, that the judgment in the *Ferrini* case confused the concepts of personal and State immunity; *ibid.*, pp. 26-27, paras. 10-12.

[165] *Ibid.*, pp. 61-62.

[166] CR 2011/18, p. 60, para. 24.

[167] *Ibid.*, p. 13, para. 9, and p. 16, para. 3.

semble pas tout à fait suffisante pour la Chambre de la CEDH, elle a au moins ainsi reconnu, il y a une décennie (en 2002), que le droit en la matière était en transition[162].

2. La tension existant dans la jurisprudence des tribunaux internes

143. La tension susmentionnée, qui existe également dans la jurisprudence des tribunaux internes, a retenu l'attention des Parties dans le cadre de leurs plaidoiries devant la Cour, en particulier lorsqu'elles ont exprimé leur opinion sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Ferrini* (2004). L'Allemagne a affirmé que la *Corte di Cassazione* avait décidé de se substituer au législateur et d'introduire une nouvelle règle, qui n'était pas encore étayée au niveau international par la pratique des Etats et la jurisprudence d'autres Etats[163] ; elle a également fait valoir que la pratique des tribunaux internes attestait que la règle de l'immunité des Etats était reconnue même dans le cas de crimes internationaux[164]. Sur ce point, l'Allemagne concluait que l'arrêt *Ferrini* de la *Corte di Cassazione* demeurait selon elle une décision isolée dans la pratique des Etats et que l'immunité juridictionnelle à raison des actes *jure imperii* demeurait une règle solidement établie en droit international[165].

144. L'Italie a quant à elle fait valoir que la décision *Ferrini* ne portait pas atteinte à la règle de l'immunité, qui demeurait essentielle, mais la redéfinissait afin d'assurer le respect des obligations fondamentales de la communauté internationale[166] ; l'immunité souveraine pour les actes *jure imperii* ne devait pas être considérée comme absolue, car elle était soumise à des exceptions comme l'exception délictuelle. Selon elle, il appartenait aux tribunaux nationaux de classer et de définir les actes d'un Etat étranger pour décider s'ils étaient ou non couverts par l'immunité[167]. L'Italie faisait valoir en outre que, comme dans l'affaire *Ferrini*, la *Corte di Cassazione* garantissait également l'accès effectif à la justice aux victimes de violations, ce qui comportait deux éléments constitutifs : le droit à un procès équitable et le droit à réparation.

---

[162] La Chambre de la Cour a beaucoup insisté sur le fait qu'il était nécessaire, en droit grec, que le ministre de la justice autorise les procédures d'exécution (article 923 du code grec de procédure civile), une autorisation qui n'avait pas été obtenue en l'espèce (voir p. 11-12). En ce sens, l'affaire *Ferrini* jugée en Italie est différente, puisqu'en Italie le consentement du ministre de la justice ne semble pas être nécessaire pour engager une procédure d'exécution.

[163] CR 2011/17, p. 21-22, p. 29-31, par. 16-17, et p. 27-28, par. 13-14.

[164] *Ibid.*, p. 33, par. 27, et voir par. 26. Elle affirmait en outre que la décision *Ferrini* ne distinguait pas entre les règles de fond et les règles de procédure, outre qu'elle ne tenait pas compte du contexte systémique des réparations de guerre qui, selon elle, relevaient de la compétence exclusive des Etats et reposaient sur des accords mutuels (ou l'action du Conseil de sécurité) ; *ibid.*, p. 25, par. 9. L'Allemagne affirmait en outre que l'arrêt *Ferrini* confondait les notions d'immunité personnelle et d'immunité de l'Etat ; *ibid.*, p. 26-27, par. 10-12.

[165] *Ibid.*, p. 61-62.

[166] CR 2011/18, p. 60, par. 24.

[167] *Ibid.*, p. 13, par. 9, et p. 16, par. 3.

tims were not entitled to reparations based on German legislation, they could only have recourse to the Italian courts, and the *Corte di Cassazione* had thus to adjust the principle of immunity so as to preserve the coherence of the international rules that apply in this case[168].

145. The decision of the *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case (2004) was just one of the relevant decisions of the national courts invoked by the contending Parties (Germany and Italy) and the intervening State (Greece) in the course of the proceedings of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court. In the course of the proceedings, the contending Parties as well as the intervening State referred to other pertinent decisions of national courts, in order to substantiate their arguments on the matter at issue. Thus, in so far as the practice of national courts pertaining to State immunity is concerned, for example, Germany referred, in support of its claims, to a recent summary decision of the Israeli District Court of Tel Aviv-Yafo[169], to a decision of the Federal Court in Rio de Janeiro[170], and to another decision of the Polish Supreme Court[171].

146. Italy, for its part, countered the claimant's argument by contending that "when confronted with claims arising from breaches of *jus cogens* rules, domestic courts have taken different views as regards the question of the immunity enjoyed by the wrongdoing State"[172]. In support of this contention, Italy cites, in addition to the aforementioned judgments of the Greek *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case and of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case, two other recent judgments, respectively from the Superior Court of Quebec[173], and from the French *Cour de cassation*[174], which, in its view, go "in the direction of recognizing that the principle of immunity for *acta iure imperii* may be subject to restrictions in this kind of cases"[175].

147. Greece, for its part, points out that "the fundamental argument in the position of the Greek courts is based on the recognition that there is

---

[168] CR 2011/18, pp. 61-62, para. 27.

[169] Case of *Orith Zemach et al.* v. *Federal Republic of Germany*, District Court Tel Aviv-Yafo, decision of 31 December 2009, Case 2143-07, referred to by Germany in its oral pleadings: CR 2011/17, p. 32, para. 24.

[170] Case of *Barreto* v. *Federal Republic of Germany*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Ordinary Proceedings No. 2006.5101016944-1, 9 July 2008, referred to by Germany in its oral pleadings: CR 2011/17, p. 32, para. 23. This decision remains pending of appeal to date.

[171] Case of *Natoniewski* v. *Federal Republic of Germany*, Polish Supreme Court, decision of 29 October 2010, File ref. IV CSK 465/09, referred to by Germany in its oral pleadings: CR 2011/17, p. 33, para. 25.

[172] CR 2011/18, p. 40, para. 7.

[173] Case of *Kazemi (Estate of) and Hashemi* v. *Iran, Ayatollah Ali Khamenei and Others*, Superior Court of Quebec, 25 January 2011, 2011 QCCS 196, referred to by Italy in its oral pleadings: CR 2011/18, p. 40, para. 7.

[174] *Cour de cassation, première chambre civile*, France, 9 March 2011, No. 09-14743, referred to by Italy in its oral pleadings: CR 2011/18, p. 40, para. 7.

[175] CR 2011/18, p. 40, para. 7.

Puisque, selon les tribunaux allemands, M. Ferrini et les autres victimes n'avaient pas droit à des réparations sur la base de la législation allemande, ils ne pouvaient avoir recours qu'aux tribunaux italiens, et la *Corte di Cassazione* avait donc ainsi ajusté le principe de l'immunité afin de préserver la cohérence des règles internationales applicables dans cette affaire[168].

145. La décision rendue par la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini* (2004) n'était qu'une des décisions de juridictions internes invoquées par les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce) au cours de la procédure dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dont est saisie la Cour. Durant la procédure, les Parties ainsi que l'Etat intervenant ont invoqué d'autres décisions de tribunaux internes pour étayer leurs arguments. Ainsi, en ce qui concerne la pratique des tribunaux nationaux relative à l'immunité des Etats, l'Allemagne a par exemple, pour étayer ses arguments, invoqué une décision succincte récente de la cour de district israélienne de Tel-Aviv-Jaffa[169], une décision du Tribunal fédéral de Rio de Janeiro[170] et une décision de la Cour suprême polonaise[171].

146. L'Italie a pour sa part répliqué à ces arguments en affirmant que, «face à des réclamations portant sur des violations de règles impératives du droit international, les juridictions internes ont porté différentes appréciations sur la question de l'immunité dont jouit l'Etat fautif»[172]. A l'appui de cet argument, l'Italie cite, outre les jugements susmentionnés de l'*Areios Pagos* grec dans l'affaire du *Massacre de Distomo* et de la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini*, deux autres jugements récents, rendus respectivement par la Cour supérieure du Québec[173] et la Cour de cassation française[174], qui, selon elle, «tendent ... à reconnaître que le principe de l'immunité en matière d'actes se rattachant à l'exercice de droits souverains peut faire l'objet de restrictions dans ce type d'affaires»[175].

147. La Grèce, pour sa part, fait observer que «l'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il

[168] CR 2011/18, p. 61-62, par. 27.

[169] Affaire *Orith Zemach et autres c. République fédérale d'Allemagne*, cour de district de Tel-Aviv-Jaffa, décision du 21 décembre 2009, affaire 2143-07, mentionnée par l'Allemagne dans ses plaidoiries: CR 2011/17, p. 32, par. 24.

[170] Affaire *Barreto c. République fédérale d'Allemagne*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, procédure ordinaire nº 2006.5101016944-1, 9 juillet 2008, évoquée par l'Allemagne dans ses plaidoiries: CR 2011/17, p. 32, par. 23. L'appel de cette décision est encore pendant.

[171] Affaire *Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême polonaise, décision du 29 octobre 2010, dossier IV CSK 465/09, évoquée par l'Allemagne dans ses plaidoiries: CR 2011/17, p. 33, par. 25.

[172] CR 2011/18, p. 40, par. 7.

[173] Affaire *Kazemi (succession de) et Hashemi c. Iran, ayatollah Ali Khamenei et autres*, Cour supérieure du Québec, 25 janvier 2011, 2011 QCCS 196, mentionnée par l'Italie dans ses plaidoiries: CR 2011/18, p. 40, par. 7.

[174] Cour de cassation, première chambre civile, France, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 09-14743, invoquée par l'Italie dans ses plaidoiries: CR 2011/18, p. 40, par. 7.

[175] CR 2011/18, p. 40, par. 7.

an individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law"[176]. It argues that

> "the obligation on the State to compensate individuals for violations of the rules of humanitarian law seems to derive from Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 (. . .). That is made clear by the fact that individuals are not excluded from the text of Article 3. This line of argument also emerges from the *travaux préparatoires* of the Second Hague Conference."[177]

Greece adds that the obligation to pay reparation, on the part of the State which committed a wrongful act, is, in its view, well-established in international law[178]. Human rights and international humanitarian law treaties contain some specific rules that lay down a State obligation of reparation to the benefit of individual victims of treaty breaches.

148. The over-all picture resulting from the pleadings before the Court discloses the tension which ensues from the relevant case law of national courts, as to claims of State immunity and the exercise of the right of access to justice. The Court could hardly thus base its reasoning on the practice of national courts only. It has to resort to other present-day manifestations of international law, such as those listed in Article 38 of its Statute (the formal "sources" of international law), and to go beyond that, as it has done at times in the past. Only in this way can it perform properly its function, in the settlement of a contentious case like the present one, as "the principal judicial organ of the United Nations" (Article 92 of the UN Charter).

3. The Aforementioned Tension in the Age of the Rule of Law at National and International Levels

149. This is even more compelling if one bears in mind the aforementioned tension in the current age of the rule of law at national and international levels. The origins of this concept (the rule of law essentially at domestic level), in both civil law and common law countries, can be traced back to the end of the eighteenth century, and it gradually takes shape throughout the nineteenth century. It comes to be seen, especially in the twentieth century, as being conformed by a set of fundamental principles and values, and the underlying idea of the needed *limitation* of power. One such principle is that of *equality* of all before the law.

---

[176] CR 2011/19, p. 22 (translation).

[177] *Ibid.*, pp. 22-23 (translation).

[178] Cf. passages on page 4 of this memorandum. Greece refers to the Ethiopia-Eritrea Claims Commission in support of its claim that "individuals are perceived as the holders of secondary rights under international humanitarian law"; CR 2011/19, p. 26 (translation).

existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire»[176]. Elle fait valoir que

> «l'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles de droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907... Cela devient évident par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième conférence de La Haye.»[177]

La Grèce ajoute que l'obligation de verser des réparations qui incombe à l'Etat ayant commis le fait illicite est, selon elle, bien établie en droit international[178]. Les traités relatifs aux droits de l'homme et au droit international humanitaire contiennent certaines règles spécifiques énonçant à la charge de l'Etat une obligation de réparer au bénéfice des victimes individuelles de violations.

148. Il ressort globalement des plaidoiries devant la Cour qu'il existe une tension entre la jurisprudence des tribunaux nationaux concernant l'invocation de l'immunité de l'Etat et l'exercice du droit d'accès à la justice. Ainsi, la Cour ne peut guère s'appuyer sur la seule pratique des tribunaux internes. Elle doit recourir à d'autres manifestations contemporaines du droit international, telles que celles énumérées à l'article 38 de son Statut (les «sources» formelles du droit international) et aller au-delà, comme elle l'a parfois fait par le passé. Ce n'est que de cette manière qu'elle peut exercer sa fonction comme il convient, s'agissant de régler une affaire contentieuse comme celle dont elle est saisie en sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies).

3. La tension susmentionnée à l'ère de l'état de droit aux niveaux national et international

149. Cela est encore plus justifié si l'on songe à la tension susmentionnée à l'heure actuelle, celle de l'état de droit aux niveaux national et international. Les origines de ce concept (l'état de droit, essentiellement au niveau interne) dans les pays de droit civil et de *common law* remontent à la fin du XVIII[e] siècle, et il a progressivement pris forme tout au long du XIX[e] siècle. Il en est arrivé à être perçu, spécialement au XX[e] siècle, comme correspondant à une série de valeurs et principes fondamentaux, et à l'idée qui le sous-tend d'une nécessaire *limitation* du pouvoir. L'un de ces principes est celui de l'*égalité* de tous devant la loi.

---

[176] CR 2011/19, p. 22.

[177] *Ibid.*, p. 22-23.

[178] Voir les passages cités p. 4 de la présente opinion. La Grèce mentionne la commission des réclamations Erythrée-Ethiopie à l'appui de son argument selon lequel «les individus sont perçus, en droit international humanitaire, comme les titulaires de droit secondaire»; CR 2011/19, p. 26.

150. The concept of rule of law moves away from the shortsightedness of legal positivism (with its characteristic subservience to the established power), and comes closer to the idea of an "objective" justice, at national and international levels, in line with *jusnaturalist* legal thinking. Within the realm of this latter, it is attentive to the protection of human rights, anterior and superior to the State. Not surprisingly, the concept of rule of law has marked its presence also in the modern domain of the law of international organizations, within which it has gained currency in recent years.

151. We witness, nowadays, within the framework of the general phenomenon of our age, that of the *jurisdictionalization* of the international legal order itself, with the expansion of international jurisdiction (as evidenced by the creation and co-existence of multiple contemporary international tribunals)[179], the reassuring enlargement of the *access to justice* — at international level — to a growing number of *justiciables*[180]. Not surprisingly, the theme of the rule of law *(prééminence du droit)* at national and international levels, has lately become one of the items of the UN General Assembly itself (from 2006 onwards), wherein it has been attracting growing attention to date[181].

152. I have drawn attention to this development in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009* (p. 185, para. 55 and p.199, para. 101). An impulse to this development in the UN General Assembly was given by the 2005 progress review in the implementation of the 2000 Millenium Declaration and the Millenium Development Goals. Attention was drawn then to a core group of multilateral treaties[182], concerned, ultimately and to a large extent, with the rights of the human person.

153. The World Summit Outcome, adopted in September 2005, recognized the needed adherence to, and implementation of, the rule of law at

---

[179] Cf., e.g., Société Française pour le droit international (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (Colloque de Lille de 2002), Paris, Pedone, 2003, pp. 3-545; A. A. Cançado Trindade, "Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudente des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme", 16 *Revue universelle des droits de l'homme* (2004), pp. 177-180.

[180] Cf., in this respect, A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECOH/Librotecnia, 2008, pp. 61-407.

[181] Cf., on the item "The Rule of Law at the National and International Levels", the following resolutions of the UN General Assembly: resolutions A/RES/61/39, of 4 December 2006; A/RES/62/70, of 6 December 2007; A/RES/63/128, of 11 December 2008; A/RES/64/116, of 16 December 2009; A/RES/65/32, of 6 December 2010. For a recent examination of this issue, in the light of the aforementioned resolutions of the UN General Assembly, cf. A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4th ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2009, pp. 584-587 and 645-651.

[182] Cf. UN, *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation — Focus 2005: Responding to Global Challenges*, New York, UN, 2005, pp. 1-154.

150. La notion d'état de droit s'écarte de la myopie du positivisme juridique (avec la servilité devant les pouvoirs établis qui le caractérise) et se rapproche de l'idée d'une justice «objective», aux niveaux national et international, conformément à la doctrine du *droit naturel*. Dans le cadre de cette dernière, il renvoie à la protection des droits de l'homme, antérieurs et supérieurs à l'Etat. Il n'est pas non plus surprenant que la notion d'état de droit ait aussi fait sentir sa présence dans les domaines contemporains du droit des organisations internationales, dans lequel elle s'est propagée ces dernières années.

151. Nous sommes de nos jours les témoins, dans le cadre du phénomène général de notre époque, de la *juridictionnalisation* de l'ordre juridique international lui-même, avec l'expansion de la juridiction internationale (attestée par la création et la coexistence de multiples tribunaux internationaux)[179] et l'élargissement rassurant de l'*accès à la justice* — au niveau international — d'un nombre croissant de *justiciables*[180]. Le thème de l'état de droit (la primauté du droit) aux niveaux national et international a, cela n'est pas surprenant, récemment été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies elle-même (depuis 2006), au sein de laquelle une attention croissante lui est accordée[181].

152. J'ai appelé l'attention sur ce développement dans mon opinion dissidente en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009* (p. 185, par. 55, et p. 199, par. 101). Une impulsion a été donnée à cet égard dans le cadre de l'Assemblée générale des Nations Unies par l'examen effectué en 2005 de la mise en œuvre de la Déclaration du Millénaire et de la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement. L'attention a été appelée à cette occasion sur un groupe de traités multilatéraux fondamentaux[182], concernant, en dernier ressort et dans une large mesure, les droits de la personne humaine.

153. Le document final du Sommet mondial adopté en septembre 2005 reconnaissait la nécessité de respecter et de réaliser l'état de droit aux

[179] Voir par exemple Société française pour le droit international (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (colloque de Lille de 2002), Paris, Pedone, 2003, p. 3-545; A. A. Cançado Trindade, «Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16 (2004), p. 177-180.

[180] Voir à cet égard A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en su Amplia Dimensión*, Santiago du Chili, CECOH/Librotecnia, 2008, p. 61-407.

[181] Voir, sur la question «L'état de droit aux niveaux national et international», les résolutions ci-après de l'Assemblée générale des Nations Unies: A/RES/61/39 du 4 décembre 2006, A/RES/62/70 du 6 décembre 2007, A/RES/63/128 du 11 décembre 2008, A/RES/64/116 du 16 décembre 2009 et A/RES/65/32 du 6 décembre 2010. Pour un examen récent de la question à la lumière de ces résolutions de l'Assemblée générale, voir A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4e éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2009, p. 584-587 et 645-651.

[182] Voir Nations Unies, *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation — Focus 2005: Responding to Global Challenges*, New York, Nations Unies, 2005, p. 1-154.

national and international levels. The main traits of that memorable exercise may thus be singled out: first, the aforementioned focus on multilateral treaties; secondly, the search for the primacy of the rule of law; thirdly, the assertion of that primacy at both national and international levels; and fourthly, the overcoming of the purely inter-State outlook of the matter.

154. This, in my view, has an incidence in distinct areas of contemporary international law. In so far as State immunities are concerned, for example, the 1972 European Convention on State Immunity (Art. 11) and the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Art. 12) provide for the personal injury (tort) exception. Both Conventions thus acknowledge that their subject-matter does not exhaust itself in purely inter-State relations.

155. It goes in fact beyond them, in encompassing the way States treat human beings under their respective jurisdictions. State immunities have not been devised to allow States that committed atrocities *(delicta imperii)* to shield themselves behind them. Before turning to this point, I shall address, in the following paragraphs, the old dichotomy between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* (as considered in the present case), and the treatment of the human person in face of State immunities, disclosing the shortsightedness and the overcoming of the strict inter-State outlook.

XV. The Contentions of the Parties as to Acts *Jure Imperii* and Acts *Jure Gestionis*

156. In the present case before the Court opposing Germany to Italy, the contending Parties put forward distinct lines of arguments concerning the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* for the purpose of the application of sovereign immunity, and, more broadly, on the question of the evolution from absolute to relative immunity. Germany essentially argued that at the time of German presence on Italian soil from 1943-1945 "the doctrine of absolute sovereign immunity was uncontested". It submitted that it was the United States Tate Letter, "based on a general consensus, [that] brought about a fundamental turnaround in 1952". It argued that since then "judicial practice has distinguished between two categories of State activities, *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*"[183].

157. For its part, Italy argued that, at first, the exercise of jurisdiction was made exclusively based on the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* and that "more recently the law and practice of many States" have also supported "exceptions to State immunity for some activities in the domain of sovereign acts"[184]. Italy submitted that the evolution from absolute immunity to relative immunity has its origins

[183] Memorial of Germany, paras. 91-92.
[184] Counter-Memorial of Italy, p. 45, para. 4.13.

niveaux national et international. Les principaux résultats de ce sommet mémorable peuvent donc être énoncés comme suit : premièrement, l'accent mis comme on l'a vu sur les traités multilatéraux ; deuxièmement, la recherche de la primauté de l'état de droit ; troisièmement, l'affirmation de cette primauté aux niveaux national et international ; et, quatrièmement, le dépassement de la conception purement étatique de la question.

154. Cela a à mon avis une incidence dans des domaines distincts du droit international contemporain. En ce qui concerne les immunités de l'Etat, par exemple, la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (art. 11) et la convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (art. 12) prévoient l'exception délictuelle. Ces deux conventions reconnaissent ainsi que leur sujet ne s'épuise pas dans les relations purement interétatiques.

155. Il va en fait au-delà de celles-ci, en envisageant la manière dont les Etats traitent les êtres humains placés sous leur juridiction. Les immunités de l'Etat n'ont pas été conçues pour protéger les Etats qui commettent des atrocités *(delicta imperii)*. Avant de me pencher sur ce point, j'examinerai dans les paragraphes qui suivent la vieille dichotomie entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* (dans le cadre de la présente affaire) et le traitement de la personne humaine face aux immunités de l'Etat, en soulignant la myopie de la conception strictement interétatique et son dépassement.

XV. Les arguments des Parties en ce qui concerne les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*

156. Dans la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie devant la Cour, les Parties avancent des arguments distincts en ce qui concerne la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* aux fins de l'application de l'immunité souveraine et, plus généralement, sur la question de l'évolution de l'immunité absolue à l'immunité relative. L'Allemagne fait valoir pour l'essentiel qu'à l'époque de la présence allemande sur le sol italien, de 1943 à 1945, « la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée ». Elle affirme que ce fut la « lettre Tate » (Etats-Unis) qui, « fondée sur un consensus général, opéra un tournant radical en 1952 ». Selon elle, depuis lors, « la pratique judiciaire distingue deux catégories d'actes accomplis par l'Etat : les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* »[183].

157. L'Italie fait valoir pour sa part que, si au départ la compétence était exercée exclusivement sur la base de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, « [p]lus récemment, le droit et la pratique de nombreux pays » ont également admis « des exceptions à l'immunité des Etats dans le cas de certaines activités relevant de la catégorie des actes souverains »[184]. Selon elle, l'évolution de l'immunité absolue à l'immunité

[183] Mémoire de l'Allemagne, par. 91-92.
[184] Contre-mémoire de l'Italie, p. 45, par. 4.13.

in the successive rulings of national courts. And Greece reiterated this view in its "written statement" of 4 August 2011 (paras. 43-49). In this regard, Italy referred to Belgian case law as pioneer in the evolution of the private-acts exception to immunity and argued that Italian case law, since the nineteenth century, "has been consistent in distinguishing the State as a political entity exercising sovereign powers and entitled to immunity and the State as a legal person not entitled to immunity"[185].

158. Italy added that "Belgian and Italian case law did not long remain isolated", and there were also repercussions in the same sense in legal doctrine as from the end of the nineteenth century[186]. Italy thus submitted that the turning point of the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, was not, as Germany claimed, represented by the United States Tate Letter of 1952, as "well before the Second World War, the denial of State immunity before municipal courts was not considered prejudicial to the dignity or sovereignty of a foreign State" and "the evolution towards restrictive immunity has its *ratio* in the necessity of protecting private persons". It then added that "exceptions to immunity are not limited to *acta jure gestionis*"[187].

159. In the course of the oral pleadings before the Court, turning to the personal injury (tort) exception — as provided for in Article 12 of the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property —, Germany claimed that that provision does not codify customary law, and does not apply to the actions of armed forces, and that international State practice excludes armed forces from any exception to immunity[188]. Italy, for its part, argued that the tort exception provides for the lift of immunity if the tortuous act took place in whole or in part within the forum State, as it happened in the present case[189]. It further claimed that Article 12 of the 2004 UN Convention does not make any distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. And it added that the specific torts that German forces committed in Italy were not just torts, but grave violations of *jus cogens*; thus, the tendency to recognize the tort exception in order to provide relief and access to justice, coupled with the tendency to lift immunity in case of breaches of peremptory norms, means that there was no obligation of Italy to accord immunity to Germany for these acts[190].

160. This debate between the contending Parties was confined to the paradigm of inter-State relations. It did not free itself from the chains of

[185] Counter-Memorial of Italy, paras. 4.15-4.16.
[186] Cf. *ibid.*, para. 4.17.
[187] *Ibid.*, paras. 4.20-4.50.
[188] CR 2011/17, pp. 37-38, paras. 2-3.
[189] CR 2011/18, p. 41, paras. 9-11.
[190] CR 2011/21, pp. 35-36, paras. 16-17.

relative a son origine dans les décisions successives des tribunaux internes. Et la Grèce a réitéré cette opinion dans sa «déclaration écrite» du 4 août 2011 (par. 43-49). A cet égard, l'Italie renvoie à la jurisprudence belge, qui a fait figure de pionnière dans l'évolution de l'exception à l'immunité pour les actes privés, et soutient que la jurisprudence italienne, depuis le XIX[e] siècle, «applique d'une manière constante la distinction entre l'Etat en tant qu'entité politique exerçant des pouvoirs souverains et bénéficiant de l'immunité, et l'Etat en tant que personne morale, ne bénéficiant pas de l'immunité»[185].

158. L'Italie ajoute que «[l]es jurisprudences belge et italienne ne restèrent pas longtemps isolées», et qu'il y eut aussi des répercussions dans le même sens dans la doctrine juridique à partir de la fin du XIX[e] siècle[186]. L'Italie soutient ainsi que le tournant de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* ne fut pas, comme le soutient l'Allemagne, représenté par la «lettre Tate» de 1952, du fait que, «bien avant la seconde guerre mondiale, le refus de l'immunité des Etats par les juridictions nationales n'était pas considéré comme portant atteinte à la dignité ou à la souveraineté d'un Etat étranger» et que «l'évolution vers l'immunité restreinte a pour raison d'être la nécessité de protéger les personnes privées». Elle ajoute que «les exceptions à l'immunité ne se limitent pas aux *acta jure gestionis*»[187].

159. Lors des plaidoiries devant la Cour, au sujet de l'exception délictuelle — telle que prévue à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (2004) —, l'Allemagne a soutenu que cette disposition ne codifiait pas le droit coutumier et ne s'appliquait pas aux actions des forces armées, et que la pratique des Etats excluait les forces armées de toute exception à l'immunité[188]. L'Italie, pour sa part, affirme que l'exception délictuelle permet d'écarter l'immunité si l'acte délictueux a été commis en tout ou en partie dans l'Etat du for, comme c'est le cas dans la présente affaire[189]. Elle soutient de plus que l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 ne fait aucune distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Et elle ajoute que les actes dommageables spécifiques commis par les forces allemandes en Italie n'étaient pas juste des actes dommageables mais étaient de graves violations du *jus cogens*; ainsi, la tendance à reconnaître l'exception délictuelle pour accorder réparation et ouvrir l'accès à la justice, associée à la tendance à écarter l'immunité en cas de violation de normes impératives, signifiait que l'Italie n'était pas tenue d'accorder l'immunité à l'Allemagne pour ces actes[190].

160. Ce débat entre les Parties s'est limité au paradigme des relations interétatiques. Il ne s'est pas libéré des chaînes du lexique traditionnel

[185] Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.15-4.16.
[186] Voir *ibid.*, par. 4.17.
[187] *Ibid.*, par. 4.20-4.50.
[188] CR 2011/17, p. 37-38, par. 2-3.
[189] CR 2011/18, p. 41, par. 9-11.
[190] CR 2011/21, p. 35-36, par. 16-17.

the lexicon of traditional international law, with the exception of the sole reference to *jus cogens*. The evolution of law to which the two contending Parties referred — with an entirely different reading and interpretation advanced by each of them — can be better appreciated within a larger framework, going well beyond the strict outlook of an inter-State legal order. I purport to draw attention, in the following paragraphs, to this point, so as to arrive at a better understanding of the matter at issue.

XVI. The Human Person and State Immunities: The Shortsightedness of the Strict Inter-State Outlook

161. To that end, an appropriate starting-point lies in the identification of the distortions of the State-centric outlook of the international legal order, leading to an awareness of myth surrounding the role of the State. Shaken by the horrors of the Second World War and the collapse of reason (rational thinking) in European relations, the learned thinker Ernst Cassirer (1874-1945), studied the role played by myth in that collapse. He concluded, shortly before dying, that civilization was — unlike what most people used to assume — not solid at all, but rather a fragile layer, below which lay extreme violence and recurring massacres and atrocities throughout history[191]. Cassirer, focusing on the twentieth century myth of the State, identified the deleterious influence of traces of Machiavellian thinking (dismissal of, or indifference to, ethical considerations), of Hobbesian thinking (indissoluble links between the rulers and those ruled, with the subjection of the latter to the former), and of Hegelian thinking (the State as the supreme historical reality that has to preserve itself, the interests of which stand above anything, irrespective of any ethical considerations)[192].

162. One has to be careful with myths — E. Cassirer further warned — including the "political myths", in particular those which have led, in the twentieth century, to so much extreme violence and to totalitarianism[193]. Another learned thinker, the historian Arnold Toynbee, also propounded the same view in this particular respect. In an insightful essay published in 1948, Toynbee questioned the very bases of what was understood by *civilization* (as "a movement and not a condition"), characterizing this latter as no more than quite modest advances at social and ethical levels. Under its thin layer — he added — barbarism unfortunately persisted[194], as demonstrated by the uncontrolled and extreme violence of his times.

---

[191] E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Mexico City, Fondo de Cultura Económica, 1996 [reed.], pp. 338-339, and cf. pp. 347 and 350. His book *The Myth of State* was published posthumously in distinct idioms (1946 onwards).

[192] *Ibid.*, pp. 168 (Machiavelli), 207 (Hobbes) and 311 and 313 (Hegel), and cf. p. 323.

[193] *Ibid.*, pp. 333-336, 341-342, 344-345 and 351.

[194] A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, pp. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 and 234.

du droit international, à la seule exception d'une référence unique au *jus cogens*. L'évolution du droit évoquée par les Parties, chacune d'elles avançant à cet égard une opinion et une interprétation différentes, peut être mieux appréciée dans un cadre plus large, en allant bien au-delà de la stricte conception d'un ordre juridique interétatique. J'entends appeler l'attention, dans les paragraphes qui suivent, sur ce point, de manière à arriver à une meilleure compréhension de la question qui se pose.

XVI. La personne humaine et les immunités de l'État : myopie de la perspective strictement interétatique

161. A cette fin, il convient de commencer par recenser les distorsions de la vision de l'ordre juridique international centrée sur l'Etat, pour aboutir à une prise de conscience du mythe entourant le rôle de l'Etat. Secoué par les horreurs de la seconde guerre mondiale et l'effondrement de la raison (la pensée rationnelle) dans les relations européennes, Ernst Cassirer (1874-1945) a étudié le rôle joué par le mythe dans cet effondrement. Il a conclu peu avant sa mort que, contrairement à l'opinion largement répandue, la civilisation n'était pas solide du tout, mais n'était qu'une couche fragile sous laquelle se cachait une violence extrême ayant donné lieu à des massacres et à des atrocités tout au long de l'histoire[191]. L'éminent penseur E. Cassirer, axant sa réflexion sur le mythe de l'Etat en vogue au XX^e^ siècle, a mis en lumière l'influence délétère des traces de la pensée de Machiavel (rejet des considérations éthiques ou indifférence à cet égard), de la pensée de Hobbes (liens indissociables entre les dirigeants et les dirigés, ces derniers étant assujettis aux premiers) et de la pensée de Hegel (l'Etat comme réalité historique suprême qui doit se préserver et dont les intérêts sont au-dessus de tout, les considérations éthiques étant sans pertinence)[192].

162. Il faut être prudent avec les mythes, avertissait en outre E. Cassirer, y compris les «mythes politiques», en particulier ceux qui ont abouti, au XX^e^ siècle, à une violence extrême et au totalitarisme[193]. Un autre penseur éminent, l'historien Arnold Toynbee, a exprimé la même opinion sur ce sujet particulier. Dans un essai pénétrant publié en 1948, A. Toynbee remettait en cause les bases mêmes de ce qui était perçu comme la *civilisation* («un mouvement et non un état»), caractérisant celle-ci comme n'étant rien de plus que des avancées modestes aux niveaux social et éthique. Il ajoutait que sous cette fine pellicule la barbarie malheureusement subsistait[194], comme l'avait démontré la violence incontrôlée et extrême de son époque.

---

[191] E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996 (rééd.), p. 338-339, et voir p. 347 et 350. Son ouvrage *Le mythe de l'Etat* a été publié à titre posthume dans plusieurs langues (à partir de 1946).

[192] *Ibid.*, p. 168 (Machiavel), 207 (Hobbes), 311 et 313 (Hegel), et voir p. 323.

[193] *Ibid.*, p. 333-336, 341-342, 344-345 et 351.

[194] A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, p. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 et 234.

163. State-centric thinking, to the exclusion of human beings, gradually made its incursions into international legal thinking — with disastrous consequences, as illustrated by the horrors of the Second World War, and the successive atrocities throughout the twentieth century and the beginning of the twenty-first century. The term "sovereignty", for example, has a long-standing and troubling history: from the times of Jean Bodin (1530-1596) and of Emerich de Vattel (1714-1767) up to the present, in the name of State sovereignty — unduly and inadvertently diverted from inter-State to intra-State relations — millions of human beings were sacrificed. The misuses of language, having repercussions in international legal thinking, sought to exert influence in the international scenario, for whatever purposes, devoid of ethical considerations.

164. Soon it was realized that there should be limits to what one could do, in the sphere of inter-State relations. International legal language became then engaged in the recognition and construction of the principle of the equality of States, but again in the framework of sovereignty (internal and external), pursuant to an essentially State-centric outlook and reasoning[195]. It was in the blurred inter-State outlook of sovereignties in potential or actual confrontation that some jargon, remindful of the Westphalian paradigm, was to flourish. Such was the case of State immunities.

165. In fact, the origins of the term "immunity" (from Latin *immunitas*, deriving from *immunis*) go back to the mid-eighteenth century; the word was used, from then onwards, to refer to the condition of someone exempted from taxes, or from any charges or duties. Towards the end of the nineteenth century, the term "immunity" was introduced into the lexicon of constitutional law and international law (in relation to parliamentarians and diplomats, respectively)[196]. In criminal law, it became associated with "cause of impunity"[197]. In international law, the term came to be used also in respect of "prerogatives" of the sovereign State[198].

166. In any case, as such, the term "immunity" has all the time meant to refer to something wholly exceptional, an exemption from jurisdiction or from execution[199]. It was never meant to be a "principle", nor a norm of general application. It has certainly never been intended, by its invoca-

---

[195] S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 154-155 and 188, and cf. pp. 29, 190-191 and 196.

[196] *Dictionnaire historique de la langue française* (eds. A. Rey), 3rd ed., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, pp. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (prep. J. A. Simpson and E. S. C., Weiner), 2nd ed., Vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (eds. C. T. Onions *et al.*), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français*) (eds. J. Dubois, H. Mitterand and A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

[197] G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8th rev. ed., Paris, PUF, 2007, p. 467.

[198] *Ibid.*, p. 468.

[199] *Dictionnaire de droit international public* (ed. J. Salmon), Brussels, Bruylant, 2001, pp. 559-560.

163. La mise en avant de l'Etat à l'exclusion de l'être humain a progressivement fait des incursions dans la doctrine des publicistes, avec des conséquences désastreuses, comme l'illustrent les horreurs de la seconde guerre mondiale et les atrocités successives dont tout le XX[e] siècle et le début du XXI[e] siècle ont été les témoins. Le terme «souveraineté», par exemple, a une histoire longue et troublante: depuis l'époque de Jean Bodin (1530-1596) et d'Emerich de Vattel (1714-1767) jusqu'à nos jours, au nom de la souveraineté de l'Etat, détournée indûment et par inadvertance des relations interétatiques pour être introduite dans les relations intra-étatiques, des millions d'êtres humains ont été sacrifiés. Les abus de langage, ayant des répercussions dans la doctrine des publicistes, ont voulu exercer une influence sur la scène internationale, à quelques fins que ce soit, sans aucune considération éthique.

164. On a compris bientôt qu'il devait y avoir des limites à ce que l'on pouvait faire dans la sphère des relations interétatiques. La langue juridique internationale s'est alors engagée dans la reconnaissance et la construction du principe de l'égalité des Etats, mais là encore dans le cadre de la souveraineté (interne et externe), suivant une perspective et une réflexion essentiellement centrées sur l'Etat[195]. Ce fut dans la perspective interétatique brouillée de souverainetés en confrontation potentielle ou actuelle qu'un certain jargon, rappelant le paradigme westphalien, devait faire florès. Tel fut le cas des immunités de l'Etat.

165. En fait, les origines du terme «immunité» (du latin *immunitas*, dérivé de *immunis*) remontent au milieu du XVIII[e] siècle; le mot fut utilisé à partir de cette époque pour désigner l'état de celui qui est exempté d'impôts, taxes ou redevances. Vers la fin du XIX[e] siècle, le terme «immunité» a été introduit dans le lexique du droit constitutionnel et du droit international (en relation avec les parlementaires et les diplomates, respectivement)[196]. En droit pénal, il a été associé à «cause d'impunité»[197]. En droit international, ce terme peut également être utilisé en ce qui concerne les «prérogatives» de l'Etat souverain[198].

166. Quoi qu'il en soit, en tant que tel, le terme «immunité» a toujours été censé désigner quelque chose de totalement exceptionnel, une exemption de la juridiction ou de l'exécution[199]. Il n'a jamais été censé être un «principe», ni une norme d'application générale. Il n'a assurément jamais été

[195] S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leyde, Nijhoff, 2004, p. 154-155 et 188, et voir p. 29, 190-191 et 196.

[196] *Dictionnaire historique de la langue française* (dir. publ., A. Rey), 3[e] éd., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 1070-1071; *The Oxford English Dictionnary* (dir. publ., J. A. Simpson et E. S. C. Weiner), 2[e] éd., vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (dir. publ., C. T. Onions *et al.*), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français* (dir. publ., J. Dubois, H. Mitterand et A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

[197] G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8[e] éd. rév., Paris, PUF, 2007, p. 467.

[198] *Ibid.*, p. 468.

[199] *Dictionnaire de droit international public* (dir. publ., J. Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 559-560.

tion, to except jurisdiction on, and to cover-up, international crimes, let alone atrocities or grave violations of human rights or of international humanitarian law. It has certainly never been intended to exclude reparations to victims of such atrocities or grave violations. To argue otherwise would not only beg the question, but also incur a serious distortion of the term "immunity".

167. The theory of State immunity was erected at a time and in an atmosphere which displayed very little concern with the treatment dispensed by States to human beings under their respective jurisdictions. Gradually, pursuant to an inter-State outlook perceived with myopia, the gradual introduction was to take place, towards the end of the nineteenth century — due to a large extent to the work of Italian and Belgian courts, and of national courts of the leading trading nations — of the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*: State immunity was then limited only to the former, to the so-called *acta jure imperii*.

168. As this development took place, those responsible for it did not have in mind international crimes: concern was rather turned to commercial transactions mainly, so as to exclude the incidence of immunity when the State was acting as a private entity. Reliance upon this distinction in legislative endeavours, including the drafting of conventions on State immunities — such as the 1972 European Convention on State Immunity, adopted in Basel four decades ago and in force as from 1976 — served at least to put an end to the notion of absolute immunity[200]. Likewise, in the American continent, the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS) concluded, in 1983, the draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunities of States, which took into account the on-going evolution towards restricting State immunity.

169. Such evolution was prompted by the involvement of States in commercial relations, excluded from the domain of State immunity. The Inter-American Juridical Committee questioned the "rigidity" of the classic distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, and refused to make reference to such traditional categorization of acts[201]. In any case, it deliberately shifted away from absolute immunity. The fact remains

[200] Cf., in general, *inter alia*, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, pp. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, pp. 203-403; T. R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity — An Analysis of Legal Interpretation*, London, Praeger Publs., 1970, pp. 63-142; I. Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity — Recent Developments", 167 *RCADI* (1980), pp. 121-217 and 243-266; P. D. Trooboff, "Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles", 200 *RCADI* (1986), pp. 252-274; W. W. Bishop Jr., "New United States Policy Limiting Sovereign Immunity", 47 *American Journal of International Law* (1953), pp. 93-106; J. Combacau, "L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis: la lettre Tate vingt ans après", 18 *Annuaire français de droit international* (1972), pp. 455-468.

[201] Cf. Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, Vol. XV (1983), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 1983, p. 48.

conçu pour, par son invocation, exclure la compétence en cas de crimes internationaux ni pour couvrir ces crimes, sans parler des atrocités ou violations graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Il n'a assurément jamais été censé exclure les réparations dues aux victimes de telles atrocités ou violations graves. Arguer le contraire non seulement éluderait la question, mais constituerait une grave distorsion du terme «immunité».

167. La théorie de l'immunité de l'Etat a été construite à une époque et dans une atmosphère qui ne se préoccupaient guère du traitement dispensé par les Etats aux êtres humains placés sous leur juridiction. Progressivement, dans une perspective interétatique atteinte de myopie, on assista, vers la fin du XIX[e] siècle, dans une large mesure en raison de l'activité des tribunaux italiens et belges et des tribunaux internes des principales nations commerçantes, à l'introduction de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*: l'immunité de l'Etat était alors limitée aux premiers, les *acta jure imperii*.

168. Comme cette évolution se faisait jour, ceux qui en étaient responsables n'avaient pas à l'esprit les crimes internationaux: leur souci était plutôt, et principalement, les relations commerciales, et il s'agissait d'exclure l'immunité lorsque l'Etat agissait comme une entité privée. La consécration de cette distinction dans des entreprises normatives, y compris l'élaboration de conventions sur les immunités de l'Etat comme la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, adoptée à Bâle il y a quatre décennies et entrée en vigueur en 1976, a au moins servi à mettre fin à la notion d'immunité absolue[200]. De même, sur le continent américain, le comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains (OEA) a conclu, en 1983, le projet de convention interaméricaine sur les immunités juridictionnelles des Etats, qui tenait compte de l'évolution en cours vers une restriction de l'immunité de l'Etat.

169. Cette évolution a été suscitée par l'implication des Etats dans les relations commerciales, exclues du domaine de l'immunité de l'Etat. Le comité juridique interaméricain a mis en cause la «rigidité» de la distinction classique entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, et a refusé de recourir à cette catégorisation traditionnelle[201]. Quoi qu'il en soit, il s'est délibérément écarté de l'immunité absolue. Le fait demeure

[200] Voir en général, notamment, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2[e] éd., Oxford University Press, 2008, p. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 203-403; T. R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity — An Analysis of Legal Interpretation*, Londres, Praeger Publs., 1970, p. 63-142; I. Sinclair, «The Law of Sovereign Immunity — Recent Developments», *RCADI*, vol. 167 (1980), p. 121-217 et 243-266; P. D. Trooboff, «Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles», *RCADI*, vol. 200 (1986), p. 252-274; W. W. Bishop Jr., «New United States Policy Limiting Sovereign Immunity», *American Journal of International Law*, vol. 47 (1953), p. 93-106; J. Combacau, «L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis: la lettre Tate vingt ans après», *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972), p. 455-468.

[201] Voir Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, vol. XV (1983), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 1983, p. 48.

that restrictive immunity entered into the lexicon of modern international law; but again, the underlying major concern, and the main motivation, were with commerce, essentially with commercial relations and transactions, excluded therefrom.

170. In his sharp criticism of State immunities in 1951, Hersch Lauterpacht challenged the prerogatives of the sovereign State that denied legal remedies to individuals for the vindication of their rights; to him, absolute immunity led to injustice, and the move towards restrictive immunity, on the ground of the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, was not a solution either, it failed to provide a guide or basis for the development of international law[202]. To Lauterpacht, the concept of State immunity was rather "absolutist", a manifestation of the Hobbesian conception of the State; rather than a principle, it was an "anomaly", to be reassessed in the gradual "general progression towards the rule of law within the State"[203]. After all, one could no longer "tolerate the injustice" arising whenever the State "screens itself behind the shield of immunity in order to defeat a legitimate claim"[204].

171. This becomes clearer if we move away from the rather circumscribed historical context which motivated the formulation of the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, namely, trade relations and transactions. If we enter the larger domain to the treatment dispensed by the State to human beings under their respective jurisdictions, that traditional distinction will appear even more insufficient and inadequate. One ought to proceed to the definitive overcoming of the strict and dangerous exclusively inter-State outlook of the past.

XVII. The State-Centric Distorted Outlook in Face of the Imperative of Justice

172. The beginning of the personification of the State — in fact, of the modern theory of the State — in the domain of international law took place, in the mid-eighteenth century, with the work of Emer de Vattel (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), which was to have many repercussions in the international legal practice of his times. The emphasis on State personality and sovereignty led to the conception of an international law applicable strictly to the relations among States (the *jus inter gentes*, rather than the *jus gentium*), that is, an inter-State legal order; it

[202] H. Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", 28 *British Yearbook of International Law* (1951), pp. 220 and 226-227.

[203] *Ibid.*, pp. 232-233 and 249-250.

[204] *Ibid.*, p. 235.

que l'immunité restrictive est largement entrée dans le lexique du droit international moderne, mais, une fois encore, la préoccupation majeure et prioritaire et la principale motivation concernaient le commerce, essentiellement les relations et transactions commerciales, exclues de l'immunité.

170. Critiquant très vivement les immunités de l'Etat en 1951, Hersch Lauterpacht a contesté les prérogatives de l'Etat souverain, lesquelles privaient les individus des recours juridiques pour faire valoir leurs droits; pour lui, l'immunité absolue était source d'injustice et la transition vers l'immunité restrictive, sur la base de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, n'était pas non plus une solution, en ce qu'elle n'offrait ni orientation ni fondement au développement du droit international[202]. Pour H. Lauterpacht, le concept de l'immunité de l'Etat était quelque peu «absolutiste», une manifestation de la conception hobbesienne de l'Etat; plutôt qu'un principe, il s'agissait en fait d'une «anomalie» qu'il convenait de réévaluer dans le cadre de la «progression générale vers l'état de droit à l'intérieur de l'Etat»[203]. Après tout, on ne pouvait plus «tolérer l'injustice» qui existait chaque fois qu'un Etat «s'abrite derrière le bouclier de l'immunité pour faire échec à une réclamation légitime»[204].

171. Cela devient plus clair si nous nous éloignons du contexte historique assez circonscrit qui a motivé la formulation de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, à savoir les relations et opérations commerciales. Si l'on entre dans le domaine plus large du traitement dispensé par l'Etat aux êtres humains placés sous sa juridiction, cette distinction traditionnelle apparaît encore plus insuffisante et inadéquate. Il faut arriver à surmonter définitivement la perspective exclusivement interétatique du passé, stricte et dangereuse.

XVII. La perspective interétatique viciée face à l'impératif de justice

172. Le début de la personnification de l'Etat — en fait, le début de la théorie moderne de l'Etat — dans le domaine du droit international a eu lieu au milieu du XVIII[e] siècle avec l'œuvre d'Emer de Vattel (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), qui devait avoir de vastes répercussions dans la pratique juridique internationale de son époque. L'accent mis sur la personnalité et la souveraineté de l'Etat a abouti à la conception d'un droit international applicable strictement aux relations entre Etats (le *jus inter gentes*, et non le *jus gentium*), c'est-à-dire un ordre juri-

[202] H. Lauterpacht, «The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States», *British Yearbook of International Law*, vol. 28 (1951), p. 220 et 226-227.
[203] *Ibid.*, p. 232-233 et 249-250.
[204] *Ibid.*, p. 235.

amounted to a reductionist outlook of the subjects of the law of nations, admitting only and exclusively the States as such[205].

173. The consequences of this State-centric distortion were to prove disastrous for human beings, as widely acknowledged in the mid-tenth century. In the heyday of the inter-State frenzy, individuals had been relegated to a secondary level. To G. W. F. Hegel (1770-1831), apologist of the Prussian State, for example, the individual was entirely subsumed under the State; society itself was likewise subordinated to the State[206]. The State was an end in itself *(Selbstzweck)*, and freedom could only be the one granted by the State itself[207]. Hegel endorsed and justified the authoritarian and absolutely sovereign State; to him, the State should be stronger than society, and individuals could only pursue their interests within the sovereign State[208].

174. From the late nineteenth century onwards, legal positivism wholly personified the State, endowing it with a "will of its own", and reducing the rights of human beings to those which the State "conceded" to them. The consent of the "will" of the States (according to the voluntarist positivism) was erected into the alleged predominant criterion in international law, denying *jus standi* to individuals, to human beings; this rendered difficult a proper understanding of the international community, and undermined international law itself, reducing its dimension to that of a strictly inter-State law, no more *above* but rather *among* sovereign States[209]. In fact, when the international legal order moved away from the universal vision of the so-called "founding fathers" of the law of nations *(droit des gens — supra)*, successive atrocities were committed against human beings, against humankind.

175. Such succession of atrocities — war crimes and crimes against humanity — occurred amidst the myth of the all-powerful State, and even the social milieu was mobilized to that end. The criminal policies of the State — gradually taking shape from the outbreak of the First World War onwards — counted on "technical rationality" and bureaucratic organization; in face of the aforementioned crimes, without accountability, individuals became increasingly vulnerable[210], if not defenceless. It soon became clear that there was a great need for justice, not only for the victims of their crimes and their relatives, but for the social milieu as a whole; otherwise life would become unbearable, given the denial of the

---

[205] Cf., e.g., E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, pp. 255, 311, 318-319, 344 and 347.

[206] Eric Weil, *Hegel et l'Etat* [1950], 4th ed., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1974, pp. 11, 24 and 44.

[207] *Ibid.*, pp. 45 and 53.

[208] *Ibid.*, pp. 55-56, 59, 62, 100 and 103.

[209] P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 36-37.

[210] G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage? D'un bon usage de la mémoire*, 9th rev. ed., Paris, Mille et Une Nuits, 2006, pp. 174, 183, 187, 197 and 246.

dique interétatique; il s'agissait d'une perspective réductionniste dans le cadre de laquelle les Etats étaient seuls et exclusivement considérés comme des sujets du droit des nations[205].

173. Les conséquences de cette distorsion centrée sur l'Etat devaient se révéler désastreuses pour les êtres humains, comme cela a été largement reconnu au milieu du XX[e] siècle. A l'apogée de la frénésie interétatique, les individus avaient été relégués au second rang. Pour G. W. F. Hegel (1770-1831), apologiste de l'Etat prussien, par exemple, l'individu était entièrement assujetti à l'Etat; la société elle-même était aussi subordonnée à l'Etat[206]. L'Etat était une fin en soi *(Selbstzweck)* et la liberté ne pouvait être que celle qu'il accordait lui-même[207]. Hegel soutenait et justifiait l'Etat autoritaire et absolument souverain; pour lui, l'Etat devait être plus fort que la société, et les individus ne pouvaient poursuivre leurs intérêts que dans le cadre de l'Etat souverain[208].

174. A partir de la fin du XIX[e] siècle, le positivisme juridique a totalement personnifié l'Etat, le dotant d'une «volonté propre» et réduisant les droits des êtres humains à ceux que l'Etat leur «concédait». Le consentement de la «volonté» des Etats (selon le positivisme volontariste) fut érigé en critère prédominant en droit international, déniant tout *jus standi* aux individus, aux êtres humains; cela a rendu une compréhension appropriée de la communauté internationale difficile, et a porté atteinte au droit international lui-même, le réduisant à un droit strictement interétatique, non plus *au-dessus* des Etats souverains mais *entre eux*[209]. En fait, lorsque l'ordre juridique international s'est éloigné de la vision universelle des «pères fondateurs» du droit des nations (le droit des gens, voir *supra*), des atrocités successives ont été commises contre des êtres humains, contre l'humanité.

175. Cette succession d'atrocités, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, est survenue alors que régnait le mythe de l'Etat tout-puissant, et même le milieu social a été mobilisé à cette fin. Les politiques criminelles de l'Etat qui ont progressivement pris forme depuis le déclenchement de la première guerre mondiale s'appuyaient sur la «rationalité technique» et l'organisation bureaucratique; face aux crimes susmentionnés, en l'absence de responsabilité, les individus sont devenus de plus en plus vulnérables[210], sinon sans défense. Il est très vite apparu qu'il y avait un immense besoin de justice, non seulement pour les victimes des crimes des Etats et leurs proches, mais aussi pour le milieu social dans son en-

[205] Voir par exemple E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, p. 255, 311, 318-319, 344 et 347.

[206] Eric Weil, *Hegel et l'Etat* [1950], 4[e] éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974, p. 11, 24 et 44.

[207] *Ibid.*, p. 45 et 53.

[208] *Ibid.*, p. 55-56, 59, 62, 100 et 103.

[209] P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haye, Nijhoff, 1960, p. 36-37.

[210] G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage? D'un bon usage de la mémoire*, 9[e] éd. rév., Paris, Mille et Une Nuits, 2006, p. 174, 183, 187, 197 et 246.

human person, her annihilation, perpetrated by those successive crimes of State[211].

176. It was at the time of the prevalence of the inter-State myopia that the practice on State immunity took shape and found its greatest development, discarding legal action on the part of individuals against what came to be regarded as sovereign "acts of State". Yet, the individual's submission to the "will" of the State was never convincing to all, and it soon became openly challenged by the more lucid doctrine. The idea of absolute State sovereignty — which led to the irresponsibility and the alleged omnipotence of the State, not impeding the successive atrocities committed by it (or in its name) against human beings — appeared with the passing of time entirely unfounded. The State — it is nowadays acknowledged — is responsible for all its acts — both *jure gestionis* and *jure imperii* — as well as for all its omissions[212]. In case of (grave) violations of human rights, the *direct access* of the individuals concerned to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate such rights, even against their own State[213].

XVIII. The Human Person and State Immunities: The Overcoming of the Strict Inter-State Outlook

177. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)* before this Court, we are faced with a matter entirely different from those which prompted the traditional doctrines of the past. We are here before the invocation of State immunity in respect of the perpetration of international crimes (of grave violations of human rights and of international humanitarian law), and of the individual victims' right of access to justice, in order to vindicate their right to reparation under general international law. What is the relevance of that distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* for the consideration of the present case before the Court? None.

178. War crimes and crimes against humanity are not to be considered *acta jure gestionis*, or else "private acts"; they are crimes. They are not to be considered *acta jure imperii* either; they are grave *delicta*, crimes. The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, between sovereign or official acts of a State and acts of a private nature, is a remnant of traditional doctrines which are wholly inadequate to the examination

[211] *Op. cit. supra* note 210, p. 207.

[212] *Ibid.*, pp. 247-259.

[213] S. Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", in *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 117-118, and cf. pp. 105-106 and 114-116.

semble; à défaut, la vie deviendrait insupportable, étant donné le déni de la personne humaine, son annihilation, perpétré par ces crimes d'Etat successifs[211].

176. C'est à l'époque où la myopie interétatique prévalait que la pratique de l'immunité de l'Etat a pris forme et a atteint son plein développement, refusant à l'individu toute possibilité d'agir en justice contre ce qui en est arrivé à être considéré comme des «actes de l'Etat» souverain. Pourtant, la soumission de l'individu à la «volonté» de l'Etat n'a jamais été convaincante pour tous, et elle a bientôt été ouvertement contestée par une doctrine plus éclairée. L'idée de la souveraineté étatique absolue, qui a abouti à l'irresponsabilité et à la prétendue omnipotence de l'Etat et n'a pas empêché les atrocités successives commises par l'Etat (ou en son nom) contre des êtres humains, est avec le passage du temps apparue comme totalement infondée. L'Etat — cela est aujourd'hui reconnu — est responsable de tous ses actes — aussi bien *jure gestionis* que *jure imperii* — ainsi que de toutes ses omissions[212]. En cas de violations (graves) des droits de l'homme, l'*accès direct* des individus concernés à la justice internationale est ainsi pleinement justifié, pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits, même contre leur propre Etat[213].

XVIII. La personne humaine et les immunités de l'État: le dépassement de la perspective strictement interétatique

177. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* dont la Cour est saisie, nous sommes confrontés à une question totalement différente de celles qui ont motivé les doctrines traditionnelles du passé. Nous sommes en présence de l'invocation de l'immunité de l'Etat en ce qui concerne la perpétration de crimes internationaux (des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire) et le droit des victimes individuelles d'avoir accès à la justice pour faire valoir leurs droits à réparation en vertu du droit international général. En quoi la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* est-elle pertinente pour l'examen de la présente affaire? En rien.

178. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne doivent pas être considérés comme *acta jure gestionis*, autrement dit des «actes privés»; il s'agit de crimes. Ils ne doivent pas non plus être considérés comme *acta jure imperii*; il s'agit de *delicta* graves, de crimes. La distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, entre actes souverains ou officiels d'un Etat et actes de caractère privé, est un vestige de doc-

[211] *Op. cit. supra* note 210, p. 207.

[212] *Ibid.*, p. 247-259.

[213] S. Glaser, «Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif», *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 117-118, et voir p. 105-106 et 114-116.

of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court. Such traditional theories, in their myopia of State-centrism, forgot the lessons of the founding fathers of the law of nations, pointing to the acknowledgement that individuals are subjects of the law of nations *(droit des gens)*.

179. No State can, nor was ever allowed, to invoke sovereignty to enslave and/or to exterminate human beings, and then to avoid the legal consequences by standing behind the shield of State immunity. There is no immunity for grave violations of human rights and of international humanitarian law, for war crimes and crimes against humanity. Immunity was never conceived for such iniquity. To insist on pursuing a strictly inter-State approach in the relationships of responsibility leads to manifest injustice. The present case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)* gives eloquent testimony of this.

180. Individuals are indeed subjects of international law (not merely "actors"), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are *titulaires* of rights and bearers of duties which emanate *directly* from international law (the *jus gentium*). Converging developments, in recent decades, of the international law of human rights, of international humanitarian law, and of the international law of refugees, followed by those of international criminal law, give unequivocal testimony of this.

181. The doctrine of sovereign immunities, which blossomed with the myopia of a State-centric approach — which could only behold inter-State relations — unduly underestimated and irresponsibly neglected the position of the human person in international law, in the law of nations *(droit des gens)*. The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is of no assistance to a case like the present one before the Court. International crimes are not acts of State, nor are they "private acts" either; a crime is a crime, irrespective of who committed it.

182. History shows that war crimes and crimes against humanity are generally committed by individuals with the support of the so-called State "intelligence" (with all its cruelty), misuse of language, material resources and the apparatus of the State, in pursuance of State policies. The individual and the State responsibilities for such crimes are thus complementary, one does not exclude the other; there is no room for the invocation of State immunities in face of those crimes.

183. Perpetrators of such crimes — individuals and States alike — cannot seek to avoid the legal consequences of those anti-juridical acts, of those breaches of *jus cogens*, by invoking immunities. International legal doctrine in our days appears to be at last prepared to acknowledge the

trines traditionnelles qui sont totalement inadéquates aux fins de l'examen de la présente affaire. Ces théories traditionnelles, dans la myopie de leur focalisation sur l'Etat, oublient les leçons des pères fondateurs du droit des nations, qui indiquent qu'il faut reconnaître que les individus sont des sujets du droit des nations (le droit des gens).

179. Aucun Etat ne peut, ni ne doit jamais être autorisé à, invoquer la souveraineté pour réduire des êtres humains en esclavage et/ou les exterminer, et ensuite se soustraire aux conséquences juridiques en s'abritant derrière le bouclier de l'immunité de l'Etat. Il n'y a pas d'immunité pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. L'immunité n'a jamais été conçue pour permettre une telle inéquité. S'obstiner à suivre une approche strictement étatique dans les relations de responsabilité aboutit à une injustice manifeste. La présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* en témoigne éloquemment.

180. Les individus sont effectivement des sujets de droit international (pas seulement des «acteurs»), et, chaque fois que la doctrine juridique s'est écartée de cette proposition, les conséquences et les résultats ont été catastrophiques. Les individus sont titulaires de droits et débiteurs d'obligations qui découlent *directement* du droit international (le *jus gentium*). Les évolutions convergentes intervenues ces dernières décennies dans le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, puis dans le droit international pénal, en témoignent sans équivoque.

181. La doctrine des immunités souveraines, à laquelle la myopie d'une approche centrée sur l'Etat, qui ne pouvait envisager que les relations interétatiques, a permis de prospérer, a indûment sous-estimé et négligé de manière irresponsable la situation de la personne humaine en droit international, dans le droit des nations (droit des gens). La distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* n'est d'aucune aide dans une affaire comme la présente affaire. Les crimes internationaux ne sont pas des actes d'Etat, pas plus qu'ils ne sont des «actes privés»; un crime est un crime, quel que soit son auteur.

182. L'histoire montre que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont généralement commis par des individus avec l'appui des services de renseignements («intelligence») de l'Etat (avec toute sa cruauté), au moyen d'abus de langage et grâce aux ressources matérielles et à l'appareil de l'Etat, dans la poursuite des politiques de celui-ci. Les responsabilités de l'individu et de l'Etat pour de tels crimes sont ainsi complémentaires, l'une n'exclut pas l'autre; il n'y a aucune possibilité d'invoquer les immunités de l'Etat face à de tels crimes.

183. Les auteurs de tels crimes, individus comme Etats, ne peuvent se soustraire aux conséquences juridiques de ces actes antijuridiques, de ces violations du *jus cogens*, en invoquant les immunités. La doctrine juridique internationale contemporaine semble être au moins prête à recon-

duties of States vis-à-vis individuals under their respective jurisdictions[214]. This should have been the primary concern in the adjudication of the present case before the Court.

XIX. No State Immunities for *Delicta Imperii*

184. This brings me to the next point to consider, namely, the absence or inadmissibility of State immunities in face of *delicta imperii*, of international crimes in breach of *jus cogens*. I shall refer to two illustrations of such *delicta imperii* often referred in the course of proceedings of the *cas d'espèce*, namely, the perpetration of massacres of civilians in situations of defencelessness (as illustrated, *inter alia*, by the massacre of Distomo in Greece, and the massacre of Civitella in Italy), and the practice of deportation and subjection to forced labour in war industry, that took place during the Second World War. Such *delicta imperii*, marking the factual origin of the claim of State immunity before the Court, were committed within a pattern of extreme violence which led to several other episodes of the kind, not only in Greece and Italy, but also in other occupied countries as well, during the Second World War.

1. Massacres of Civilians in Situations of Defencelessness

(a) *The massacre of Distomo*

185. In my separate opinion at a prior stage of the present case opposing Germany to Italy, with Greece intervening (Court's Order of 4 July 2011, on Greece's Request for Intervention), I have already referred to the massacre of Distomo (on 10 June 1944) — wherein 218 villagers (men, women and children) were murdered by the Nazi forces — a massacre which was brought to the attention of the Court in the course of the proceedings. In that separate opinion, I evoked one of the historical accounts of it (para. 29).

186. There are, furthermore, other historical accounts of that massacre, including one of the devastation of, and the desolation in, the Greek village of Distomo, shortly after its perpetration: this was recalled by Sture Linnér, the (then) Head of the Mission of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in Greece, who arrived at the village shortly after the aforementioned massacre in order to provide assistance.

[214] Cf., e.g., J. Stigen, "Which Immunity for Human Rights Atrocities?", in *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 and 787; M. Panezi, "Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms", 56 *Revue hellénique de droit international* (2003), pp. 208-210 and 213-214; P. Gaeta, "Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?", *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (ed. O. Ben-Naftali), Oxford University Press, 2011, pp. 319-320 and 325.

naître les obligations des Etats vis-à-vis des individus placés sous leur juridiction[214]. Tel aurait dû être le premier souci de la Cour dans la présente affaire.

XIX. PAS D'IMMUNITÉS DE L'ÉTAT EN CAS DE *DELICTA IMPERII*

184. Cela m'amène au point suivant de mon examen, à savoir l'absence ou l'inadmissibilité des immunités de l'Etat face à des *delicta imperii*, ou crimes internationaux violant le *jus cogens*. Je vais me pencher sur deux exemples de tels *delicta imperii* souvent mentionnés lors de la présente procédure, à savoir les massacres de civils sans défense (illustrés notamment par le massacre de Distomo en Grèce et le massacre de Civitella en Italie), et la pratique de la déportation et du travail forcé dans les industries de guerre durant la seconde guerre mondiale. Ces *delicta imperii*, qui sont à l'origine factuelle de l'invocation de l'immunité de l'Etat devant la Cour, ont été commis avec une violence extrême et systématique qui s'est manifestée dans plusieurs autres épisodes de la même espèce, non seulement en Grèce et en Italie, mais aussi dans d'autres pays occupés durant la seconde guerre mondiale.

1. Massacres de civils sans défense

a) *Le massacre de Distomo*

185. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 4 juillet 2011 sur la requête en intervention de la Grèce dans la présente affaire, j'ai souvent mentionné le massacre de Distomo (intervenu le 10 juin 1944), dans le cadre duquel 218 villageois (hommes, femmes et enfants) ont été assassinés par les forces nazies, un massacre qui a été porté à l'attention de la Cour durant la procédure. Dans cette opinion individuelle, j'évoquais une des relations historiques de cet événement (par. 29).

186. Il existe en outre d'autres comptes rendus historiques de ce massacre, y compris un faisant état de la dévastation et de la désolation du village grec de Distomo peu après sa commission : il émane de Sture Linnér, qui était alors chef de la mission du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en Grèce, qui est arrivé dans le village peu après le massacre pour apporter son assistance. Le compte rendu qui suit (extraits)

[214] Voir par exemple J. Stigen, «Which Immunity for Human Rights Atrocities?», *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (dir. publ., C. Eboe-Osuji), Leyde, Nijhoff, 2010, p. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 et 787; M. Panezi, «Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms», *Revue hellénique de droit international*, vol. 56 (2003), p. 208-210 et 213-214; P. Gaeta, «Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?», *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (dir. publ., O. Ben-Naftali), Oxford University Press, 2011, p. 319-320 et 325.

The account that follows (excerpt), describes the brutalities of the Nazi forces, as verified in the bodies of the victims that he found at the village of Distomo and on the way thereto:

> "We needed too much time to cross the broken roads and the many blockades to reach, at dawn, the central road that led to Distomo. From the edges of the road, vultures got up from low height, slowly and unwillingly, when they heard us approach. From every tree, along the road and for hundreds of metres, human bodies were hanging, stabilised with bayonets, some of whom were still alive. They were villagers who were punished in this way: they were suspected for helping the partisans of the area, who attacked an SS detachment. The smell was unbearable.
>
> Inside the village, the fire was still burning in the ashes of the houses. Hundreds of people, of all ages, from elders to newborns, were lying on the ground. They [the Nazis] had torn the uterus and removed the breasts of many women; others were lying strangled with their intestines still tied around their necks. It seemed that no one had survived.
>
> But! An elder man at the end of the village! He had miraculously survived the massacre. He was shocked by the terror, his gaze was empty and his speech was incomprehensible. We got out of the car in the middle of the disaster and we shouted in Greek: 'The Red Cross, the Red Cross! We came to help'."[215]

187. In the adjudication of the case of the *Massacre of Distomo*, the legacy of the decisions of the Livadia Court of First Instance (case of *Prefecture of Voiotia* v. *Federal Republic of Germany*, 1997) and of the *Areios*

[215] "Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκώνονταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο: θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαΐδια των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερήλικες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρέσει τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού! Από θαύμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά: «Ερυθρός Σταυρός! Ερυθρός Σταυρός! "Ηρθαμε να βοηθήσουμε"" (Sture Linnér, *Min Odyssé* (1982), as reprinted in: Petros Antaios *et al.* (eds.), *Η Μαύρη Βίβλος της Κατοχής (The Black Book of Occupation)*, 2nd ed., Athens, National Council for the Claim of Reparations Owed by Germany to Greece, 2006, pp. 114-115.) *[Unofficial translation.]*

décrit les brutalités commises par les forces nazies, attestées par les corps des victimes qu'il a trouvés dans le village de Distomo et sur la route y menant :

> « Il nous a fallu beaucoup trop de temps pour traverser les routes détruites et les nombreux barrages pour atteindre, à l'aube, la route centrale qui menait à Distomo. Sur les bords de la route, des vautours ont pris de l'altitude, lentement et avec réticence, quand ils nous ont entendus approcher. Sur chaque arbre, le long de la route et sur des centaines de mètres, des corps humains pendaient, stabilisés par des baïonnettes, dont certains étaient encore en vie. Il s'agissait des villageois punis de cette manière : ils étaient soupçonnés d'avoir aidé les partisans de la région qui avaient attaqué un détachement SS. L'odeur était insupportable.
>
> A l'intérieur du village, les maisons étaient en cendres, mais le feu brûlait encore. Des centaines de personnes, de tous âges, des personnes âgées aux nouveau-nés, étaient étendues sur le sol. Ils [les nazis] avaient déchiré l'utérus et coupé les seins de nombreuses femmes ; d'autres gisaient étranglées, les intestins encore enroulés autour du cou. Il semblait que personne n'ait survécu.
>
> Soudain, un vieil homme au bout du village ! Il avait miraculeusement survécu au massacre. Il était paralysé de terreur, son regard était vide et ses paroles incompréhensibles. Nous sommes sortis de la voiture au milieu du désastre et avons crié en grec : « La Croix-Rouge, la Croix-Rouge ! Nous venons vous aider ». »[215]

187. Dans le jugement de l'affaire du *Massacre de Distomo*, il découle des décisions du tribunal de première instance de Livadia (affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, 1997) et de l'*Areios*

---

[215] « Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκώνονταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο : θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαΐδια των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερήλικες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρέσει τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να ! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού ! Από θαύμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά : « Ερυθρός Σταυρός ! Ερυθρός Σταυρός ! "Ηρθαμε να βοηθήσουμε' » (Sture Linnér, *Min Odyssé* (1982), reproduit dans Petros Antaios *et al.* (dir. publ.), *Η Μαύρη Βίβλος της Κατοχής (Le livre noir de l'occupation)*, 2e éd., Athènes, Conseil national des demandes de réparations dues par l'Allemagne à la Grèce, 2006, p. 114-115.) *[Traduction non officielle.]*

Pagos (2001, upon appeal from Germany) — whether one fully agrees with the whole of their reasoning or not — is that the Third Reich's acts (of their armed forces) carried out in the territory of the forum State (i.e. the massacre of Distomo, in Greece) were not acts *jure imperii*, but rather breaches of *jus cogens* (failing to comply with the obligations imposed upon it by the Regulations annexed to the IV Hague Convention (1907) respecting the Laws and Customs of War on Land), thereby discarding the possibility of any invocation of sovereign immunity[216].

188. Furthermore, it should not pass unnoticed that, in the course of the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, counsel for Germany took the commendable initiative — in a sign of maturity — of recognizing the responsibility of the State for the massacre of Distomo. To this effect, in the public sitting before the Court, after recalling the origins of the claim against Germany "enshrined in the judgment of the Court of Livadia", pertaining to the *Massacre of Distomo* case, counsel for Germany — though contending that the issue of State immunity was a distinct one — stated:

> "(. . .) Let me emphasize again: this was an abominable crime. We, as counsel for Germany, in the name of Germany, deplore deeply what happened at Distomo, being ourselves unable to understand how military forces may exceed any boundaries of law and humanity by killing women, children and elderly men (. . .)."[217]

(b) *The massacre of Civitella*

189. Another massacre, in the same pattern of extreme violence, was perpetrated, on 29 June 1944, by the Nazi forces in the town of Civitella (near the town of Arezzo), in Italy, during which 203 civilians were killed. The matter was again brought into the cognizance of the Italian Court of Cassation, half a decade after its decision of 2004 in the *Ferrini* case. Thus, on 29 May 2008, the *Corte di Cassazione* rendered 12 identical decisions endorsing its position in the *Ferrini* case[218], to the effect that State

---

[216] For the view that the focus on territoriality (of those two Greek courts' decisions as well as of the decision of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case, 2004) could have yielded to greater stress on *universal values* shared by the international community, cf. Xiaodong Yang, "*Jus Cogens* and State Immunity", 3 *New Zealand Yearbook of International Law* (2006), pp. 163-164 and 167-169. And, on the divergences of State practice causing the erosion of State immunities, in face of the growing demand for protection of the rights of the human person, cf. R. Garnett, "Should Foreign State Immunity Be Abolished?", 20 *Australian Year Book of International Law* (1999), pp. 175-177 and 190.

[217] CR 2011/20, p. 28, para. 28.

[218] Cf. R. Pavoni and S. Beaulac, "L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international — Etude croisée Italie/Canada", 43 *Revue juridique Thémis* (2009), Montréal, pp. 503-506 and 515-516; and A. Atteritano, "Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years", 19 *Italian Yearbook of International Law* (2009), p. 35.

Pagos (2001, sur appel de l'Allemagne) — que l'on soit ou non pleinement d'accord avec l'ensemble de leur raisonnement — que les actes du IIIe Reich (de ses forces armées) commis sur le territoire de l'Etat du for (c'est-à-dire le massacre de Distomo en Grèce) étaient non pas des actes *jure imperii*, mais bien des violations du *jus cogens* (non-respect des obligations imposées par le Règlement annexé à la quatrième convention de La Haye (1907) relatif au respect des lois et coutumes de la guerre sur terre), ce qui élimine la possibilité d'invoquer l'immunité souveraine[216].

188. De plus, il convient de remarquer que, au cours de la procédure devant la Cour dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, le conseil de l'Allemagne a pris une initiative louable, signe de maturité, en reconnaissant la responsabilité de l'Etat pour le massacre de Distomo. A cet effet, en audience publique, après avoir rappelé les origines de la demande formulée contre l'Allemagne «traitée dans le jugement du tribunal de Livadia» concernant l'affaire du *Massacre de Distomo*, le conseil de l'Allemagne — tout en affirmant que la question de l'immunité de l'Etat était une question distincte — a déclaré:

> «... Je ne le répéterai jamais assez: ce crime était abominable. En tant que conseil de l'Allemagne, et au nom de cet Etat, nous déplorons profondément les événements de Distomo, et ne parvenons pas nous-mêmes à comprendre comment des militaires peuvent aller au-delà de ce qu'exigent le droit et le principe d'humanité en assassinant des femmes, des enfants et des personnes âgées...» [217]

b) *Le massacre de Civitella*

189. Un autre massacre a été perpétré avec la même violence extrême le 29 juin 1944 par les forces nazies dans la ville de Civitella (près d'Arezzo), en Italie, au cours duquel 203 civils ont été tués. La question a de nouveau été portée devant la Cour de cassation italienne, une demi-décennie après sa décision de 2004 dans l'affaire *Ferrini*. C'est ainsi que, le 29 mai 2008, la *Corte di Cassazione* a rendu douze décisions identiques reprenant la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Ferrini*[218], à

[216] Sur l'opinion selon laquelle l'accent mis sur la territorialité (par les décisions des tribunaux grecs comme par celle de la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini* en 2004) aurait pu mettre davantage à l'épreuve les *valeurs universelles* partagées par la communauté internationale, voir Xiaodong Yang, «*Jus Cogens* and State Immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), p. 163-164 et 167-169. Et, sur les divergences de la pratique des Etats amenant une érosion des immunités de l'Etat face à l'exigence croissante de protection des droits de la personne humaine, voir R. Garnett, «Should Foreign State Immunity Be Abolished?», *Australian Year Book of International Law*, vol. 20 (1999), p. 175-177 et 190.

[217] CR 2011/20, p. 28, par. 28.

[218] Voir R. Pavoni et S. Beaulac, «L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international — Etude croisée Italie/Canada», *Revue juridique Thémis*, vol. 43 (2009), Montréal, p. 503-506 et 515-516; et A. Atteritano, «Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years», *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19 (2009), p. 35.

immunity does not apply in cases of international crimes (grave breaches of human rights and of international humanitarian law) amounting to breaches of *jus cogens*.

190. Shortly afterwards, on 13 January 2009, the Italian Court of Cassation again confirmed its position (judgment of 21 October 2008), in the case of the *Massacre of Civitella*. In effect, the case *Milde* v. *Civitella* concerned criminal proceedings against a Nazi officer, former member of the *Wehrmacht* (the armed forces), who took part in that massacre, conducted by the Hermann Göring tank division on 29 June 1944. The *Corte di Cassazione*, having found that the *Massacre of Civitella* was an international crime, denied immunity from civil jurisdiction, and upheld the right to reparation of the victims or their surviving relatives, from the Federal Republic of Germany and from Milde (as joint debtors).

191. The keypoint of the Italian Court of Cassation's decision, in the line of the interpretative guidelines of the *Ferrini* judgment[219], was its denial of State immunity in the occurrence of State pursuance of a criminal policy conducive to the perpetration of crimes against humanity. The decision of the *Corte di Cassazione*, in the case of the *Massacre of Civitella*, was clearly value-oriented, in the sense that a State cannot avail itself of immunity in case of grave violations of human rights; emphasis was led, in such circumstances, on the individual victim's right to reparation[220].

2. Deportation and Subjection to Forced Labour in War Industry

192. Attention has already been drawn to the long-standing prohibition, in the realm of international humanitarian law, of ill-treatment of civilians, deported and subjected to forced labour in war industry, in infrahuman conditions. This prohibition, as already pointed out, is set forth at normative level, and found in works of codification of international law. It amounts to cruel, inhuman and degrading treatment (in the domain of international human rights law), and belongs to the domain of *jus cogens*.

193. Such international crime soon met with judicial recognition, not only of international criminal tribunals, such as in the pioneering trials of the Nuremberg and the Tokyo Tribunals, but also of international human rights tribunals, as acknowledged by the recent adjudication by the ECHR of the case *Kononov* v. *Latvia* (2008-2010). Such crime is not an act *jure imperii* nor an act *jure gestionis*: it is an international crime, irrespective of whom committed it, engaging both State and individual responsibility.

---

[219] Cf. A. Gianelli, "Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*", 87 *Rivista di diritto internazionale* (2004), pp. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 and 683-684.

[220] A. Ciampi, "The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case relating to the Second World War — The *Civitella* Case", 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 605 and 607-608; and cf. pp. 599-601, on the uniqueness of the *Civitella* proceedings.

savoir que l'immunité des Etats ne s'applique pas dans les cas de crimes internationaux (violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire) constituant des violations du *jus cogens*.

190. Peu après, le 13 janvier 2009, la Cour de cassation italienne a confirmé cette position (arrêt du 21 octobre 2008) dans l'affaire du *Massacre de Civitella*. En fait, l'affaire *Milde c. Civitella* concernait une instance pénale engagée contre un officier nazi, ancien membre de la Wehrmacht (les forces armées), qui avait participé au massacre perpétré par la division blindée Hermann-Göring le 29 juin 1944. La *Corte di Cassazione*, ayant jugé que le massacre de Civitella constituait un crime international, a refusé d'accorder l'immunité de juridiction civile et a confirmé le droit à réparation des victimes ou de leurs parents survivants, un droit opposable à la République d'Allemagne et à Milde (en tant que débiteurs solidaires).

191. Le point clé de la décision de la Cour de cassation italienne, dans la ligne des directives d'interprétation de l'arrêt *Ferrini*[219], est qu'elle déniait toute immunité à un Etat poursuivant une politique criminelle propice à la perpétration de crimes contre l'humanité. La décision de la *Corte di Cassazione* dans l'affaire du *Massacre de Civitella* fut manifestement axée sur les valeurs, au sens où un Etat ne peut se prévaloir de l'immunité en cas de violations graves des droits de l'homme; l'accent est mis, dans de telles circonstances, sur le droit à réparation de la victime individuelle[220].

2. Déportation et travail forcé dans l'industrie de guerre

192. L'attention a déjà été appelée sur le fait qu'il est depuis longtemps interdit, en droit international humanitaire, de maltraiter les civils, de les déporter, ou de les forcer à travailler dans l'industrie de guerre dans des conditions inhumaines. Cette interdiction, comme on l'a déjà souligné, est énoncée au niveau normatif et figure dans des codifications du droit international. Elle relève des traitements cruels, inhumains ou dégradants (dans le domaine du droit international des droits de l'homme) et du domaine du *jus cogens*.

193. Ce crime international a rapidement été sanctionné par la justice, non seulement dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux, comme lors des procès des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, mais aussi dans le cadre des tribunaux internationaux des droits de l'homme, comme l'atteste le jugement rendu récemment par la CEDH dans l'affaire *Kononov c. Lettonie* (2008-2010). Un tel crime n'est pas un acte *jure imperii* ni un acte *jure gestionis*: il s'agit d'un crime international, quel que soit son auteur, engageant et la responsabilité de l'Etat et celle de l'individu.

[219] Voir A. Gianelli, «Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 87 (2004), p. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 et 683-684.

[220] A. Ciampi, «The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case relating to the Second World War — The *Civitella* Case», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 605 et 607-608; et voir p. 599-601 sur le caractère unique de l'affaire *Civitella*.

194. Parallel to the concentration camps (of extermination), in the course of the Second World War Nazi Germany established also a network of forced labour camps, less studied by historians to date. They were intended to exploit the forced labour of detainees from the occupied countries. There were numerous camps of this kind, erected also by private enterprises within their premises; in this "privatized" system, the forced labour of detainees was exploited[221], even without remuneration, and in *infra*-human conditions of living, or rather surviving.

195. Those subjected to this ordeal were detained civilians and prisoners of war from occupied countries, who were deported to work in private industry in Nazi Germany; there, they were subjected to forced labour in the production of weapons, in sub-human conditions of work[222]. They became part of a vast productive enterprise aimed at the planified destruction of the enemies and the perpetration of massacres, in a campaign of extermination in the so-called *total war*[223]. Civilians, and prisoners of war who became forced labourers[224], were all subsumed in this process of dehumanization of all those involved in this enterprise.

196. The regime of forced labour during the Second World War — insufficiently studied to date — was marked by manipulation, distortions and lies; according to the few historical accounts available, workers were constantly threatened, and forced labour was reduced into slave work in Nazi Germany's war industry[225]. From 1943 onwards, forced labour became vital to Nazi Germany's war efforts; slave workers hoped to survive by participating, under coercion and domination, in the war industry of their persecutors[226]. Forced labour in occupied countries was put in practice by the Third Reich with a long-term projection, in order to sustain the war economy[227].

---

[221] C. R. Browning, *A l'intérieur d'un camp de travail nazi — Récits des survivants: mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

[222] E. Traverso, *La Violencia Nazi — Una Genealogía Europea*, Buenos Aires/Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 42-43, and cf. p. 92.

[223] The sinister book by E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 (reed.), pp. 49-286), a crude incitement to total war (of extermination) involving the whole population, launched in 1935, had by 1939 sold some 100,000 copies, in anticipation of Hitler's total war of 1939-1945, with its devastating consequences.

[224] E. Traverso, *op. cit. supra* note 222, pp. 96 and 100.

[225] C. R. Browning, *op. cit. supra* note 221, pp. 34 and 197.

[226] *Ibid.*, pp. 350-351.

[227] In this regard, Himmler is reported to have stressed, in a speech delivered to the senior leadership of the SS in June 1942, that "if we do not fill our camps with slaves (. . .), then even after years of war we will not have enough money to be able to equip the settlements in such a manner that real Germanic people can live there and take root in the first generation"; cited in M. Mazower, *Hitler's Empire — Nazi Rule in Occupied Europe*, London, Penguin Books, 2009, p. 309.

194. Parallèlement aux camps de concentration (d'extermination), durant la seconde guerre mondiale l'Allemagne nazie a aussi créé un réseau de camps de travail forcé, moins étudiés jusqu'ici par les historiens. Ces camps visaient à exploiter le travail forcé de prisonniers originaires de pays occupés. Il y eut de nombreux camps de ce type, également construits par des entreprises privées dans des lieux leur appartenant; dans ce système «privatisé», le travail forcé des détenus fut exploité[221], sans même être rémunéré, dans des conditions de vie, ou plutôt de survie, *infra*-humaines.

195. Les personnes soumises à cette épreuve étaient des civils et des prisonniers de guerre des pays occupés, qui furent déportés pour travailler dans l'industrie privée en Allemagne nazie; ils y furent soumis au travail forcé pour la production d'armes dans des conditions de travail sub-humaines[222]. Ils prirent place dans une vaste entreprise de production visant à la destruction planifiée d'ennemis et la perpétration de massacres, en une campagne d'extermination menée dans le cadre de la *guerre totale*[223]. Des civils et des prisonniers de guerre devenus des travailleurs forcés[224] furent tous soumis à ce processus de déshumanisation de tous ceux qui participèrent à cette entreprise.

196. Le régime de travail forcé durant la seconde guerre mondiale, insuffisamment étudié à ce jour, fut marqué par des manipulations, distorsions et mensonges. Selon les quelques comptes rendus historiques existants, les travailleurs étaient constamment menacés, et le travail forcé fut ramené à un travail d'esclave dans l'industrie de guerre de l'Allemagne nazie[225]. A partir de 1943, le travail forcé devint vital pour les efforts de guerre de l'Allemagne nazie; les travailleurs-esclaves espéraient survivre en participant, sous la contrainte et la domination, à l'industrie de guerre de ceux qui les persécutaient[226]. Le travail forcé dans les pays occupés fut mis en pratique par le III[e] Reich avec une projection à long terme, afin de soutenir l'économie de guerre[227].

---

[221] C. R. Browning, *A l'intérieur d'un camp de travail nazi — Récits des survivants: mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

[222] E. Traverso, *La Violencia Nazi — Una Genealogía Europea*, Buenos Aires/Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 42-43, et voir p. 92.

[223] Le sinistre ouvrage de E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 (rééd.), p. 49-286), une exhortation brutale à la guerre totale (d'extermination) avec la participation de l'ensemble de la population, publié en 1935, s'était en 1939 vendu à quelque 100 000 exemplaires, anticipant la guerre totale d'Hitler de 1939-1945, avec ses conséquences dévastatrices.

[224] E. Traverso, *op. cit. supra* note 222, p. 96 et 100.

[225] C. R. Browning, *op. cit. supra* note 221, p. 34 et 197.

[226] *Ibid.*, p. 350-351.

[227] A cet égard, Himmler aurait souligné, dans un discours prononcé devant les hauts dirigeants de la SS en juin 1942, que, «si nous ne remplissons pas nos camps d'esclaves ..., même après des années de guerre nous n'aurons pas assez d'argent pour équiper nos colonies de telle manière que le vrai peuple germanique puisse y vivre et y prendre racine dès la première génération»; cité dans M. Mazower, *Hitler's Empire — Nazi Rule in Occupied Europe*, Londres, Penguin Books, 2009, p. 309.

197. Members of the civilian populations of the occupied countries during the Second World War were deported and subjected to conditions of slave labour in the war industry in Germany. Likewise — as the present case discloses — besides civilians, members of the Italian armed forces were denied and deprived of the status of prisoners of war (and the protections ensuing from that status) and used as forced labourers in the German war industry. These crimes, perpetrated with great cruelty[228], generated, not surprisingly, much resentment in occupied countries, and incited the organized resistance movements therein to struggle against them[229].

198. It is estimated that, "[b]y the fall of 1944, 7.7 million foreign workers were in Germany"[230]. The conditions of "slave labour" and "forced labour" have thus been defined by German reparations law[231]:

> "*[Slave labour:]* Work performed by force in a concentration camp (as defined in the German Indemnification Law) or a ghetto or another place of confinement under comparable conditions of hardship, as determined by the German Foundation.
>
> *[Forced labour:]* Work performed by force (other than 'slave labour') in the territory of the German Reich or in a German-occupied area, and outside the territory of Austria, under conditions resembling imprisonment or extremely harsh living conditions; or work performed by force under a program of implementing the National Socialist policy of 'extermination through work' *(Vernichtung durch Arbeit)* outside the territory of Austria."[232]

---

[228] In one of the testimonies on them, from Maideneck (*Communiqué* of the Commission extraordinaire polono-soviétique), it is reported that:

> "The Germans forced numerous groups (1,200 people) of professors, doctors, engineers and other specialists brought over from Greece to carry out work beyond their physical capabilities — the transport of heavy stones. The SS beat to death any who fell, exhausted by this back-breaking work. That entire group of Greek intellectuals was wiped out within five weeks by a system of starvation, gruelling work, beatings and murder." *[Translation by the Registry.]* In: *Paroles de déportés — Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 (reed.), p. 113.

[229] J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial — Una Historia de las Victimas*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43, and cf. pp. 144 and 175.

[230] J. Authers, "Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Labourers", in *The Handbook of Reparations* (ed. P. de Greiff), Oxford University Press, 2006, pp. 421-422.

[231] Law of 2000, Art. 11 (on "Eligible Persons").

[232] J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 435.

197. Des membres des populations civiles des pays occupés durant la seconde guerre mondiale furent déportés et astreints à travailler comme esclaves dans l'industrie de guerre en Allemagne. De même, comme le révèle la présente affaire, outre des civils, des membres des forces armées italiennes se virent dénier le statut de prisonnier de guerre (et les protections en découlant) et furent forcés à travailler dans l'industrie de guerre allemande. Ces crimes, commis avec une grande cruauté[228], ont suscité, cela n'est pas surprenant, beaucoup de ressentiment dans les pays occupés, et incité les mouvements de résistance organisés de ces pays à les combattre[229].

198. On estime que, «à l'automne 1944, 7,7 millions de travailleurs étrangers se trouvaient en Allemagne»[230]. La «réduction en esclavage» et le «travail forcé» ont été ainsi définis par la loi allemande sur les réparations[231]:

> «*[Réduction en esclavage:]* Travail accompli de force dans un camp de concentration (tel que défini dans la loi allemande d'indemnisation) ou un ghetto ou un autre lieu de détention dans des conditions de pénibilité comparables, telles que définies par la fondation allemande.
>
> *[Travail forcé:]* Travail exécuté de force (autre que la «réduction en esclavage») sur le territoire du Reich allemand ou dans une zone occupée par l'Allemagne, et hors du territoire de l'Autriche, dans une situation comparable à la détention et dans des conditions de vie extrêmement dures; ou travail exécuté de force dans le cadre d'un programme de mise en œuvre de la politique nationale-socialiste d'«extermination par le travail» *(Vernichtung durch Arbeit)* hors du territoire de l'Autriche.»[232]

---

[228] Dans l'un des témoignages les concernant, de Maideneck (*Communiqué* de la Commission extraordinaire polono-soviétique), on peut lire ce qui suit:

> «Les Allemands ont fait faire un travail au-dessus de leurs forces — le transport de pierres lourdes — à de nombreux groupes (1 200 personnes) de professeurs, médecins, ingénieurs et autres spécialistes amenés de la Grèce. Les SS frappaient à mort les savants qui tombaient, affaiblis par ce lourd travail. Tout ce groupe de savants grecs a été exterminé en cinq semaines par un système de famine, de travail épuisant, de matraquages et de meurtres.» Cité dans *Paroles de déportés — Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 (rééd.), p. 113.

[229] J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial — Una Historia de las Victimas*, Barcelone, Paidós, 2002, p. 43, et voir p. 144 et 175.

[230] J. Authers, «Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Labourers», *The Handbook of Reparations* (dir. publ., P. de Greiff), Oxford University Press, 2006, p. 421-422.

[231] Article 11 de la loi de 2000 (sur les «Personnes pouvant prétendre à réparations»).

[232] Cité dans J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 435.

XX. The Prevalence of the Individual's Right of Access to Justice: The Contending Parties' Invocation of the Case *Goiburú et al.* (IACtHR, 2006)

199. From all the aforementioned, it results, in my perception, that it is not at all State immunity that cannot be waived, as some *droit-d'étatistes* keep on insisting even in our days, seemingly incapable of learning the lessons of history (including international legal history). There is no immunity for crimes against humanity. In cases of international crimes, of *delicta imperii*, what cannot be waived, in my understanding, is the individual's right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.

200. Some decades ago, on the basis of a Kantian aphorism ("Out of the crooked timber of humanity no straight thing was ever made"), Isaiah Berlin pondered that "[t]he first public obligation is to avoid extremes of suffering"[233]. To force people into "neat uniforms" demanded by dogmatisms — he added — is "almost always the road to inhumanity"; the unprecedented atrocities of the twentieth century show that it is possible to attain "a high degree of scientific knowledge and skill" and yet to subjugate, humiliate and "destroy others without pity"[234].

201. Tragedy — distinct from mere disaster — is due to "avoidable human mistakes", some with devastating consequences. At the end, concluded Berlin, we are left with a constant return to the idea of an "objective" justice, to universal principles — in the line of natural law thinking, forbidding the treatment of human beings "as means to ends"[235]. In this respect, another great thinker of the twentieth century, Simone Weil, pondered, in an illuminating essay (of 1934, ever since republished in distinct countries and idioms)[236], that, from the times of *The Iliad* of Homer until nowadays, the influence of war upon human beings has been constantly revealing an "essential evil" of humanity, namely, "the substitution of the ends by the means"; the search for power takes the place of the ends, and transforms human life into a means, which can be sacrificed[237].

202. From Homer's *Iliad* until today — she added — the unreasonable demands of the struggle for power leave no time to think of what is truly

---

[233] I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity — Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton University Press, 1991, p. 17, and cf. pp. 18-19.

[234] *Ibid.*, pp. 19 and 180.

[235] *Ibid.*, pp. 185, 204-205 and 257.

[236] S. Weil, "Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale", *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 273-347.

[237] S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82.

XX. La prévalence du droit d'accès à la justice de l'individu : l'invocation par les Parties de l'affaire *Goiburú et autres* (CIADH, 2006)

199. Il résulte selon moi de tout ce qui précède que ce n'est pas du tout l'immunité de l'Etat qui ne peut être écartée, comme continuent de l'affirmer certains «droit-d'étatistes» même de nos jours, apparemment incapables de tirer des leçons de l'histoire (y compris de l'histoire juridique internationale). Il n'y a pas d'immunité pour les crimes contre l'humanité. En cas de crimes internationaux, de *delicta imperii*, ce qui ne peut être écarté, selon moi, c'est le droit de l'individu d'accéder à la justice, qui comprend le droit à réparation pour les violations graves des droits de l'homme qui lui sont inhérents en tant qu'être humain. En l'absence de ce droit, il n'y a absolument aucun système juridique crédible, au plan national ou international.

200. Il y a quelques décennies, sur la base d'un aphorisme kantien («On n'a jamais rien fabriqué de droit à partir du tronc tordu de l'humanité»), Isaiah Berlin se demandait si «[l]a première obligation publique est d'éviter les extrêmes de la souffrance»[233]. Forcer les gens à porter des «uniformes soignés» comme l'exigeaient les dogmatismes, ajoutait-il, est «presque toujours la voie de l'inhumanité»; les atrocités sans précédent du XX^e siècle montrent qu'il est possible de parvenir à un «haut degré de connaissance et de compétence scientifique» et pourtant de soumettre, d'humilier et «de détruire d'autres personnes sans pitié»[234].

201. La tragédie, distincte d'une simple catastrophe, est due à des «erreurs humaines inévitables», dont certaines ont eu des conséquences dévastatrices. Au final, concluait I. Berlin, on en revient toujours à l'idée d'une justice «objective», à des principes universels, dans la ligne du droit naturel, interdisant de traiter les êtres humains comme des «moyens de réaliser des objectifs»[235]. A cet égard, un autre grand penseur du XX^e siècle, Simone Weil, soulignait dans un essai éclairant (de 1934, republié depuis dans divers pays et diverses langues)[236] que, depuis le temps de *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, l'influence de la guerre sur les êtres humains avait toujours révélé un «mal essentiel» de l'humanité, à savoir «le remplacement des fins par les moyens»; la recherche du pouvoir se substitue aux fins, et transforme la vie de l'homme en un moyen, qui peut être sacrifié[237].

202. Depuis *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, ajoutait-elle, les exigences déraisonnables de la lutte pour le pouvoir ne laissent pas le temps

---

[233] I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity — Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton University Press, 1991, p. 17, et voir p. 18-19.

[234] *Ibid.*, p. 19 et 180.

[235] *Ibid.*, p. 185, 204-205 et 257.

[236] S. Weil, «Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale», *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, p. 273-347.

[237] S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelone, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81-82.

important; individuals are "completely abandoned to a blind collectivity", incapable of "subjecting their actions to their thoughts", incapable of thinking[238]. The terms, and distinction between "oppressors and oppressed", almost lose meaning, given the "impotence" of all individuals in face of the "social machine" of destruction of the spirit and fabrication of the inconscience; all start living — or rather surviving — in the painful domain of the inhuman, in a world wherein "nothing is the measure of man", wherein there is no attention at all to the needs of the spirit[239].

203. The prevalence of the individual's right of access to justice cannot be challenged even in the light of the stratified inter-State mechanism of litigation before the ICJ. In this respect, in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal)*, I deemed it fit to ponder that

> "Facts tend to come before the norms, requiring of these latter the aptitude to cover new situations they are meant to regulate, with due attention to superior values[240]. Before this Court, States keep on holding the monopoly of *jus standi*, as well as *locus standi in judicio*, in so far as requests for provisional measures are concerned, but this has not proved incompatible with the preservation of the rights of the human person, together with those of States. The ultimate beneficiaries of the rights to be thereby preserved have been, not seldom and ultimately, human beings, alongside the States wherein they live. Reversely, requesting States themselves have, in their arguments before this Court, gone beyond the strictly inter-State outlook of the past, in invoking principles and norms of the international law of human rights and of international humanitarian law, to safeguard the fundamental rights of the human person.
>
> In so far as material or substantive law is concerned, the inter-State structure of litigation before this Court has not been an unsurmountable obstacle to such vindication of observance of principles and norms of international human rights law and international humanitarian law (. . .)." (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, pp. 174-175, paras. 23-34.)

204. Moreover, in my separate opinion appended to this Court's Advisory Opinion of the day before yesterday, on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a*

---

[238] *Op. cit. supra* note 237, pp. 84 and 130.

[239] *Ibid.*, pp. 130-131.

[240] Cf., *inter alia*, G. Morin, *La révolte du droit contre le code — La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, pp. 2, 6-7 and 109-115.

de penser à ce qui est réellement important; les individus sont «complètement abandonnés à une collectivité aveugle», incapables d'«assujettir leurs actions à leurs pensées», incapables de penser[238]. Les termes «oppresseurs et opprimés» et la distinction entre eux perdent presque leur sens, étant donné l'«impuissance» de tous les individus face à la «machine sociale» de destruction de l'esprit et de fabrication de l'inconscience; nous commençons tous à vivre — ou plutôt à survivre — dans le domaine douloureux de l'inhumain, dans un monde où «rien n'est à la mesure de l'homme», ou l'on ne prête nulle attention aux besoins de l'esprit[239].

203. La primauté du droit d'accès à la justice de l'individu ne peut être contestée même à la lumière du mécanisme judiciaire interétatique stratifié devant la CIJ. A cet égard, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 28 mai 2009 dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, j'ai jugé bon de faire observer ce qui suit:

> «Les faits tendent à précéder les normes, qui doivent dès lors être capables de s'étendre aux situations nouvelles qu'elles visent à réglementer, compte dûment tenu des valeurs supérieures[240]. Devant la Cour, *jus standi* et *locus standi in judicio* demeurent certes le propre des Etats, en ce qui concerne les demandes en indication de mesures conservatoires, mais cela ne s'est pas révélé incompatible avec la protection des droits de la personne humaine, couplés à ceux des Etats. Après tout, les bénéficiaires ultimes des droits à sauvegarder ainsi sont, le plus souvent, des êtres humains en même temps que leurs Etats. Réciproquement, les Etats demandeurs eux-mêmes ont, dans leurs exposés devant la Cour, dépassé cette ancienne vision purement interétatique, en invoquant des principes et des normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine.
>
> Du point de vue du droit matériel ou des règles de fond, la structure interétatique des procédures de la Cour n'a jamais constitué un obstacle insurmontable empêchant de défendre ainsi le respect des principes et normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire...» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 174-175, par. 23-24.)

204. De plus, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif rendu avant-hier par la Cour dans la procédure concernant le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du*

[238] *Op. cit. supra* note 237, p. 84 et 130.
[239] *Ibid.*, p. 130-131.
[240] Voir notamment G. Morin, *La révolte du droit contre le code — La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, p. 2, 6-7 et 109-115.

Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, I dwell further upon this particular point. It is not my intention to repeat herein the critical reflections I developed two days ago (keeping in mind the Court's mission as the principal judicial organ of the United Nations), in my separate opinion in that Advisory Opinion. I thus limit myself only to refer to those reflections herein, for the purposes of the present dissenting opinion.

205. In the course of the proceedings in the present case concerning *the Jurisdictional Immunities of the State*, both Germany and Italy expressly referred to the judgment of 22 September 2006 of the IACtHR in the case of *Goiburú et al.* v. *Paraguay*. Italy was the first to invoke this judgment of the IACtHR, in its Counter-Memorial, of 22 December 2009, in support of its argument that the right of access to justice "is conceived in all systems of human rights of protection as a necessary complement of the rights substantively granted" (para. 4.94). Italy added that,

> "Accordingly, it is not surprising that the Inter-American Court of Human Rights has described access to justice as a peremptory norm of international law in a case in which the substantive rights violated were also granted by *jus cogens*."[241] (Para. 4.94.)

206. For its part, Germany referred to the IACtHR's judgment in the case of *Goiburú et al.*, in the first round of its oral pleadings, so as to respond to the argument of Italy in this regard. Germany first submits that the *Goiburú et al.* case (in the line of other cases decided by the IACtHR), in its view "did not concern war damages" (para. 25). Germany added that that case concerned the right of access to justice in the State which was responsible for the wrongful act and thus did not concern the rule of foreign State immunity (para. 25)[242].

207. The case of *Goiburú et al.* pertained to the "Operation Condor", whereby the States of the Southern Cone of South America, during the period of the dictatorships in the 70s, mounted a network of collaboration of their so-called "intelligence services", to pursue, at inter-State level, their joint criminal policies of repression. These latter were co-ordinated State policies of extermination of targeted segments of their respective populations, consisting of "anti-insurrection" transfrontier operations, which comprised illegal or arbitrary detentions, kidnappings, torture, murders or extra-judicial executions, and forced disappearances of persons. Planified at the highest level of the State, the "Operation Condor" also secured the cover-up of the operations, and,

[241] Counter-Memorial of Italy, pp. 76-77.

[242] CR 2011/17, p. 44, para. 25; Germany also referred to "an approach similar to that of the Inter-American Court of Human Rights", taken one year later, by the UN Committee of Human Rights, in its "general comment" No. 32, on Article 14 of the UN Covenant on Civil and Political Rights.

Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, je m'arrêtais plus avant sur ce point particulier. Je n'ai pas l'intention de reprendre ici les réflexions critiques que j'ai développées il y a deux jours (en ayant à l'esprit la mission de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies) dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cet avis consultatif. Je me limite donc aux réflexions qui y figurent et sont pertinentes aux fins de la présente opinion dissidente.

205. Au cours de la procédure dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, aussi bien l'Allemagne que l'Italie ont expressément évoqué le jugement du 22 septembre 2006 de la CIADH dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*. L'Italie a été la première à invoquer ce jugement, dans son contre-mémoire en date du 22 décembre 2009, à l'appui de son argument selon lequel, «dans tous les systèmes relatifs à la protection des droits de l'homme», le droit d'accès à la justice «est conçu comme un complément nécessaire des droits substantiels garantis» (par. 4.94). Elle ajoute:

> «Il n'est donc pas surprenant que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ait caractérisé l'accès à la justice comme étant une norme impérative du droit international, dans une affaire où les droits substantiels auxquels il était porté atteinte étaient également garantis par des règles de *jus cogens*.»[241] (Par. 4.94.)

206. L'Allemagne a pour sa part évoqué le jugement rendu par la CIADH dans l'affaire *Goiburú et autres* durant le premier tour de plaidoiries pour répondre à l'argument de l'Italie sur ce point. L'Allemagne fait tout d'abord valoir que l'affaire *Goiburú et autres* (comme d'autres affaires tranchées par la CIADH) «ne concerne pas les dommages de guerre» (par. 25). L'Allemagne ajoute que cette affaire portait sur l'accès à la justice dans l'Etat responsable du fait illicite et ne concerne donc en aucune manière la règle de l'immunité des Etats étrangers (par. 25)[242].

207. L'affaire *Goiburú et autres* concernait l'«opération Condor», dans le cadre de laquelle les Etats du cône sud de l'Amérique du Sud, durant la période de dictature des années 1970, ont organisé un réseau de collaboration de leurs «services de renseignements» pour mettre en œuvre au niveau interétatique leurs politiques criminelles communes de répression. Il s'agissait de politiques d'Etat coordonnées d'extermination de certains segments de leurs populations respectives, qui consistaient en des opérations «contre-insurrectionnelles» transfrontières, à savoir des détentions illégales ou arbitraires, des enlèvements, des actes de torture, des meurtres et des exécutions extrajudiciaires, ainsi que des disparitions forcées. Planifiée au plus haut niveau de l'Etat, l'«opération Condor» assurait égale-

[241] Contre-mémoire de l'Italie, p. 76-77.

[242] CR 2011/17, p. 44, par. 25; l'Allemagne évoquait également «une approche similaire à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme» adoptée une année plus tard par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans son «observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques».

with that, the irresponsibility and the absolute impunity of the official perpetrators[243].

208. In the *cas d'espèce* before the IACtHR, the respondent State itself recognized, in a commendable spirit of procedural co-operation, its own international responsibility for the existence, at the time the grave wrongs took place, of a *criminal State policy*. Those were *crimes of State*, of equivalent gravity to those perpetrated in Asia also in the 70s, in Europe three decades earlier, and again in Europe, and in Africa, two decades later. Time and time again succeeding generations witnessed, in distinct regions of the world, the perpetration of true *crimes of State* (whether segments of the international legal doctrine like this expression or not).

209. In its judgment of 22 September 2006 in the case of *Goiburú et al.*, concerning Paraguay, the IACtHR established the grave violations of human rights that had taken place, and, accordingly, it ordered the corresponding reparations. In an *obiter dictum*, the IACtHR observed that, while the State, through its institutions, mechanisms and powers, should function "in such a way as to ensure protection against criminal action", in the present case, however, the instrumentalization of the State power was a means to violate the rights that it should guarantee: worse still, such breaches counted on "inter-State collaboration", with the State constituting itself as "the main factor of the grave crimes committed, giving place to a clear situation of 'State terrorism'" (paras. 66-67).

210. In my separate opinion in the *Goiburú et al.* case, I sought *inter alia* to identify the elements of approximation and complementarity (insufficiently dealt with by international legal doctrine to date) between the international law of human rights and international criminal law, namely: *(a)* the (active and passive) international legal personality of the individual; *(b)* the complementarity of the international responsibility of the State and that of the individual; *(c)* the conceptualization of crimes against humanity; *(d)* the prevention and guarantee of non-repetition (of the grave violations of human rights); and *(e)* the reparatory justice in the confluence between the international law of human rights and international criminal law (para. 34)[244].

211. Although the "Operation Condor" belongs to the past, scars have not yet healed, and they probably never will. The countries where it was mounted still struggle with their past, each one in its own way. Yet, being a region with a strong tradition of international legal thinking, advances in international justice have occurred therein, as some cases, and other situations of the kind, have been brought to international justice (before the IACtHR), and no State of the region dares nowadays to invoke State immunity in respect of those crimes. May it here be recalled, in historical

[243] A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 174-175.

[244] *Ibid.*, pp. 139 and 167.

ment que les opérations resteraient secrètes et donc l'irresponsabilité et l'impunité absolues des agents de l'Etat responsables[243].

208. Dans le cas d'espèce dont était saisie la CIADH, l'Etat défendeur lui-même a reconnu, dans un esprit louable de coopération procédurale, sa propre responsabilité internationale en raison de l'existence, à l'époque où les violations graves ont été commises, d'une *politique d'Etat criminelle*. Il s'agissait de *crimes d'Etat*, comparables par leur gravité aux crimes perpétrés en Asie durant les années 1970 également, en Europe trois décennies auparavant, et en Europe de nouveau, ainsi qu'en Afrique, deux décennies plus tard. A maintes reprises, des générations qui se sont succédé ont été les témoins, dans différentes régions du monde, de la perpétration de véritables *crimes d'Etat* (que certains segments de la doctrine juridique internationale aiment ou non cette expression).

209. Dans son arrêt du 22 septembre 2006 dans l'affaire *Goiburú et autres*, concernant le Paraguay, la CIADH a établi que des violations graves des droits de l'homme s'étaient produites et, en conséquence, a ordonné des réparations. Dans un *obiter dictum*, elle a fait observer que, si l'Etat, par le truchement de ses institutions, mécanismes et pouvoirs, devait fonctionner «de manière à assurer une protection contre le crime», en l'espèce le pouvoir de l'Etat avait été instrumentalisé pour violer les droits qu'il était censé protéger: pire encore, les violations reposaient sur la «collaboration interétatique», l'Etat devenant «le principal auteur des crimes graves commis, instaurant clairement une situation de «terrorisme d'Etat»» (par. 66-67).

210. Dans mon opinion dissidente dans l'affaire *Goiburú et autres*, j'essayais notamment de recenser les éléments d'approximation et de complémentarité (sur lesquels la doctrine ne s'est pas suffisamment penchée à ce jour) entre le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international, à savoir: *a)* la personnalité juridique internationale (active et passive) de l'individu; *b)* la complémentarité de la responsabilité internationale de l'Etat et de celle de l'individu; *c)* la conceptualisation des crimes contre l'humanité; *d)* la prévention et les garanties de non-répétition (des violations graves des droits de l'homme); et *e)* la justice réparatrice à la jonction du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international (par. 34)[244].

211. Bien que l'«opération Condor» appartienne au passé, elle a laissé des cicatrices qui ne disparaîtront probablement jamais. Les pays dans lesquels elle a été organisée luttent toujours avec leur passé, chacun d'une manière qui lui est propre. Pourtant, l'Amérique du Sud étant une région où la doctrine internationale est traditionnellement forte, des avancées dans la justice internationale s'y sont produites, certaines affaires et d'autres situations du même genre ayant été portées devant la justice internationale, devant la CIADH, et aucun Etat de la région n'ose aujourd'hui

[243] A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 174-175.
[244] *Ibid.*, p. 139 et 167.

perspective, that Article 8 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, on the right to an effective remedy before competent national courts to safeguard fundamental rights, has, as its *travaux préparatoires* reveal, a Latin American origin, being a Latin American contribution to the Universal Declaration.

212. In effect, to uphold State immunity in cases of the utmost gravity amounts to a travesty or a miscarriage of justice, from the perspective not only of the victims (and their relatives), but also of the social milieu concerned as a whole. The upholding of State immunity, making abstraction of the gravity of the wrongs at issue, amounts to a denial of justice to all the victims (including their relatives as indirect — or even direct — victims). Furthermore, it unduly impedes the legal order to react in due proportion to the harm done by the atrocities perpetrated, in pursuance of State policies.

213. The finding of the particularly grave violations of human rights and of international humanitarian law provides, in my understanding, a valuable test for the removal of any bar to jurisdiction, in pursuance of the necessary realization of justice. In sum and conclusion on this point: *(a)* there is no State immunity in such cases of extreme gravity, cases of *delicta imperii*; and *(b)* grave breaches of human rights and of international humanitarian law ineluctably entail the duty to provide reparation to the victims.

XXI. The Individual's Right of Access to Justice: The Evolving Case Law towards *Jus Cogens*

214. Unlike the IACtHR, the ECHR has approached a fundamental right, such as that of access to justice — and to a fair trial — (Articles 6 (1) and 13 of the European Convention on Human Rights), with attention drawn also to permissible or implicit limitations. Thus, in its *jurisprudence constante* (judgments in cases *Ashingdane* v. *United Kingdom*, of 28 May 1985; *Waite and Kennedy* v. *Germany*, of 18 February 1999; *T. P. and K. M.* v. *United Kingdom*, of 10 May 2001; *Z. and Others* v. *United Kingdom*, of 10 May 2001; *Cordova* v. *Italy*, of 30 January 2003; *Ernst* v. *Belgium*, of 15 July 2003; among others), the ECHR has laid down the test for permissible limitations, namely, pursuance of a legitimate aim, proportionality, and no impairment of the essence of the right.

215. This flexibility was useful to the ECHR's (Grand Chamber's) majority in the decisions on cases concerning immunities (cf. Section XII *supra*). But it should not pass unnoticed that the *Ashingdane* case, which marks the beginning of the adoption by the ECHR of this inadequate approach to a fundamental right such as that of access to justice, was not a case of grave violations of human rights concerning several victims; it

invoquer l'immunité de l'Etat en ce qui concerne ces crimes. Qu'il me soit permis de rappeler ici, dans une perspective historique, que l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a, en ce qui concerne le droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux, une origine latino-américaine, comme ses travaux préparatoires l'attestent, et constitue une contribution latino-américaine à la Déclaration universelle.

212. En fait, retenir l'immunité de l'Etat dans les cas les plus graves constitue une parodie ou un déni de justice, non seulement du point de vue des victimes (et de leurs familles), mais aussi de celui du milieu social concerné dans son ensemble. Admettre l'immunité de l'Etat en faisant abstraction de la gravité des violations en cause revient à dénier la justice à toutes les victimes (y compris leurs familles en tant que victimes indirectes, voire directes). De plus, cette acceptation empêche abusivement l'ordre juridique de réagir en proportion du dommage causé par les atrocités commises en exécution des politiques de l'Etat.

213. La constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constitue selon moi un critère précieux pour lever tout obstacle à la compétence, afin de réaliser la justice. En résumé et pour conclure sur ce point : *a)* il n'y a pas d'immunité de l'Etat dans de tels cas de gravité extrême, les cas de *delicta imperii* ; et *b)* les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire impliquent nécessairement l'obligation de réparer au profit des victimes.

XXI. Le droit d'accès à la justice de l'individu : évolution de la jurisprudence sur la loi du *jus cogens*

214. A la différence de la CIADH, la CEDH s'était penchée sur un droit fondamental, comme le droit d'accès à la justice et à un procès équitable (articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne des droits de l'homme), en s'intéressant également aux restrictions admissibles ou implicites. Ainsi, dans sa jurisprudence constante (arrêts rendus dans les affaires *Ashingdane c. Royaume-Uni*, le 28 mai 1985 ; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, le 18 février 1999 ; *T. P. et K. M. c. Royaume-Uni*, le 10 mai 2001 ; *Z. et autres c. Royaume-Uni*, le 10 mai 2001 ; *Cordova c. Italie*, le 30 janvier 2003 ; *Ernst c. Belgique*, le 15 juillet 2003, entre autres), la CEDH a énoncé les critères appliqués pour déterminer si une restriction est admissible, à savoir la poursuite d'un objectif légitime, la proportionnalité et l'absence d'atteinte à l'essence du droit.

215. Cette souplesse a été utile à la majorité de la CEDH (Grande Chambre) dans les décisions rendues en matière d'immunité (voir section XII *supra*). Mais il convient de remarquer que l'affaire *Ashingdane*, la première dans laquelle la CEDH a adopté cette approche insuffisante d'un droit fondamental comme le droit d'accès à la justice, n'était pas une affaire de violations graves des droits de l'homme concernant plusieurs

was rather a single individualized case, of alleged breaches of Articles 5 (1) and (4) and 6 (1) of the European Convention, wherein the ECHR found no violation of this latter. In sum, a fundamental right is, in my view, to be approached as such, and not as from permissible or "implicit" limitations.

216. For its part, on the other side of the Atlantic, the IACtHR has focused, to a far greater extent, on the essence of the fundamental right of access to justice itself, and not on its "limitations". These latter have not been used, or relied upon, to uphold State immunity — not until now. The ECHR has granted the "margin of appreciation" to Contracting States, the IACtHR has not done so (at least not in my times serving it). The result has been the approach, by the IACtHR, of the right of access to justice (Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights) as a true *fundamental* right, with not much space left for consideration of "limitations". The major concern has been with its guarantee.

217. The adjudication, by the IACtHR, of cases of *gravity* of violations of human rights, has led to a jurisprudential development stressing the fundamental character of the right of access to justice. This right assumes an imperative character in face of a crime of State: it is a true *droit au Droit*, a right to a legal order which effectively protects the fundamental rights of the human person[245], which secures the intangibility of judicial guarantees (Articles 8 and 25 of the American Convention) in any circumstances. We are here, in sum, in the domain of *jus cogens*[246], as the IACtHR itself acknowledged in its judgments in the cases of *Goiburú et al.* v. *Paraguay* (of 22 September 2006) and of *La Cantuta* v. *Peru* (of 29 November 2006)[247].

218. The ECHR could have reached a similar conclusion, had its majority developed its reasoning on the corresponding provisions (Articles 6 (1) and 13 of the European Convention) with attention focused on the essence of the right of access to justice, rather than on its permissible or implicit "limitations". Had it done so — as it should — the Court's

[245] IACtHR, case of *Myrna Mack Chang* v. *Guatemala* (judgment of 25 November 2003), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 9-55.

[246] IACtHR, case of the *Massacre of Pueblo Bello*, concerning Colombia (judgment of 31 January 2006), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 60-62 and 64.

[247] Paras. 131 and 160, respectively. On this jurisprudential construction, cf. A. A. Cançado Trindade, "The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights", *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant — Mélanges en l'honneur de Ch. L. Rozakis* (eds. D. Spielmann *et al.*), Brussels, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A. A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law", *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Juridico Interamericano — 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29; A. A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Juridico Interamericano — 2007*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15.

victimes; il s'agissait d'un cas individuel unique de violations alléguées des paragraphes 1 et 4 de l'article 5 et du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne, la CEDH n'ayant relevé aucune violation de ce dernier. En résumé, c'est selon moi en tant que tel, et non du point de vue des restrictions admissibles ou «implicites», qu'un droit fondamental doit être envisagé.

216. De l'autre côté de l'Atlantique, la CIADH a pour sa part accordé beaucoup plus d'attention à l'essence du droit fondamental d'accès à la justice lui-même, et non à ses «restrictions». Ces dernières n'ont jamais été utilisées ni invoquées — à ce jour — pour admettre l'immunité de l'Etat. La CEDH a laissé une «marge d'appréciation» aux Etats contractants, mais la CIADH n'a pas fait la même chose (au moins pas à l'époque où j'en étais membre). De ce fait, cette dernière a envisagé le droit d'accès à la justice (articles 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme) comme un véritable droit *fondamental*, ne laissant pas beaucoup de place aux «restrictions». Le principal souci a été de garantir ce droit.

217. Le jugement par la CIADH d'affaires de violations des droits de l'homme d'une certaine *gravité* a amené une évolution jurisprudentielle soulignant le caractère fondamental du droit d'accès à la justice. Ce droit revêt un caractère impératif face à un crime d'Etat: c'est un véritable *droit au Droit*, un droit à un ordre juridique qui protège effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine[245], qui assure l'intangibilité des garanties judiciaires (articles 8 et 25 de la convention américaine) en toutes circonstances. Nous sommes ici, pour résumer, dans le domaine du *jus cogens*[246], comme la CIADH elle-même l'a reconnu dans ses arrêts dans les affaires *Goiburú et autres c. Paraguay* (du 22 septembre 2006) et *La Cantuta c. Pérou* (du 29 novembre 2006)[247].

218. La CEDH aurait pu parvenir à une conclusion similaire si sa majorité avait développé son raisonnement sur les dispositions correspondantes (articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne) en faisant porter son attention sur l'essence du droit d'accès à la justice et non sur ses «restrictions» admissibles ou implicites. Si elle l'avait fait,

[245] CIADH, affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 9-55.

[246] CIADH, affaire du *Massacre de Pueblo Bello*, concernant la Colombie, arrêt du 31 janvier 2006, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 60-62 et 64.

[247] Par. 131 et 160, respectivement. Sur cette construction jurisprudentielle, voir A. A. Cançado Trindade, «The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights», *La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant — Mélanges en l'honneur de Ch. L. Rozakis* (dir. publ., D. Spielmann *et al.*), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 27-46; A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29; A. A. Cançado Trindade, «La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*», *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2007*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2008, p. 1-15.

majority would not have upheld State immunity the way it did (cf. Section XII *supra*). In my perception, Articles 6 and 13 of the European Convention — like Articles 8 and 25 of the American Convention — point to an entirely different direction, and are not at all "limited" with regard to State immunity.

219. Otherwise States could perpetrate grave violations of human rights (such as massacres or subjection of persons to forced labour) and get away with that, by relying on State immunity, in a scenario of lawlessness. Quite on the contrary, States parties are bound, by Articles 6 and 13 of the European Convention, to provide effective (domestic) remedies in a fair trial, with all the guarantees of the due process of law, in *any* circumstances. This is proper of the rule of law, referred to in the preamble of the European Convention. There is no room for the privilege of State immunity here[248]; where there is no right of access to justice, there is no legal system at all. Observance of the right of access to justice is imperative, it is not "limited" by State immunity; we are here in the domain of *jus cogens*.

220. It is immaterial whether the harmful act in grave breach of human rights was a governmental one *(jure imperii)*, or a private one with the acquiescence of the State *(jure gestionis)*, or whether it was committed entirely in the forum State or not (deportation to forced labour is a trans-frontier crime). This traditional language — the conceptual poverty of which is conspicuous — is alien to what we are here concerned with, namely, the imperative of the realization of justice in cases of grave breaches of human rights and of international humanitarian law. State immunity does not stand in the domain of redress for grave violations of the fundamental rights of the human person.

XXII. Out of Lawlessness: The Individual Victim's Right to the Law *(Droit au Droit)*

221. This leads me to the right of access to justice, in its proper dimension: the right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *procès équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting *satisfaction* to the victim. In this way those victim-

[248] Cf., to this effect, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1997, pp. 164, 181 and 186-188; W. P. Pahr, "Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtkonvention", *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 222-232.

comme elle aurait dû, la majorité de la Cour n'aurait pas admis l'immunité de l'Etat (voir section XII *supra*). Selon moi, les articles 6 et 13 de la convention européenne — comme les articles 8 et 25 de la convention américaine — indiquent une direction totalement différente, et ne sont pas du tout «limités» en ce qui concerne l'immunité de l'Etat.

219. Autrement, les Etats pourraient perpétrer de graves violations des droits de l'homme (par exemple massacrer des êtres humains ou les contraindre à un travail forcé) et s'en tirer en invoquant l'immunité de l'Etat, une situation de non-droit. Bien au contraire, les Etats parties sont tenus, en application des articles 6 et 13 de la convention européenne, d'accorder des recours (internes) effectifs et un procès équitable, avec toutes les garanties judiciaires nécessaires, en *toutes* circonstances. C'est le propre de l'état de droit, visé dans le préambule de la convention européenne. Il n'y a pas de place ici pour le privilège de l'immunité de l'Etat[248] ; lorsqu'il n'y a pas de droit d'accès à la justice, il n'y a pas du tout de système juridique. Le respect du droit d'accès à la justice est impératif, il n'est pas «limité» par l'immunité de l'Etat; nous sommes ici dans le domaine du *jus cogens*.

220. Peu importe que l'acte préjudiciable violant gravement les droits de l'homme ait été commis par un gouvernement *(jure imperii)* ou par une personne privée avec l'acquiescement de l'Etat *(jure gestionis)*, ou qu'il ait été commis ou non entièrement dans l'Etat du for (déportation en vue d'un travail forcé dans le cadre d'un crime transfrontière). Cette formulation traditionnelle — dont la pauvreté théorique est manifeste — n'a rien à voir avec ce qui nous importe ici, à savoir l'impératif de réalisation de la justice dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. L'immunité de l'Etat n'a pas cours dans le domaine de la réparation des violations graves de droits fondamentaux de la personne humaine.

XXII. Sortir du non-droit : le droit au Droit de la victime individuelle

221. Cela m'amène au droit d'accès à la justice, dans la dimension qui lui est propre : le droit d'accès à la justice *lato sensu* comprend non seulement l'accès formel à la justice (le droit d'engager une instance judiciaire) au moyen d'un recours effectif, mais aussi les garanties d'une procédure régulière (l'égalité des armes assurant un procès équitable) jusqu'au jugement (en tant que prestation juridictionnelle), son exécution scrupuleuse et l'octroi de la réparation due. La réalisation de la justice est en elle-même une forme de réparation, accordant *satisfaction* à la victime. De

[248] Voir, sur ce point, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haye, Nijhoff, 1997, p. 164, 181 et 186-188; W. P. Pahr, «Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtkonvention», *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 222-232.

ized by oppression have their right to the law *(droit au Droit)* duly vindicated.

222. It is not my intention to dwell much further on this point — which I have done elsewhere[249] — but just refer to it in the course of my reasoning in the present dissenting opinion. May I just recall that, in its *jurisprudence constante*, the IACtHR has rightly taken together the interrelated provisions of the right to an effective remedy and the guarantees of due process of law (Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights), while the ECHR has begun only more recently — in the course of the last decade, from the case *Kudla* v. *Poland* (judgment of 18 October 2000) onwards — to follow the same approach, bringing together Articles 6 (1) and 13 of the European Convention on Human Rights. This is reassuring, as the two provisions reinforce each other, to the benefit of the protected persons. The jurisprudential construction of the two international human rights tribunals is today converging, in respect of the right of access to justice *lato sensu*.

223. The individual's right to reparation, as already pointed out, is one of its components. In the case *Hornsby* v. *Greece* (judgment of 19 March 1997), the ECHR, after recalling the right to institute proceedings before a court and the right to procedural guarantees, added that the right of access to justice would be "illusory" if the legal system did not allow a final and operative binding judicial decision; in the view of the ECHR, a judgment not duly executed would lead to situations incompatible with the rule of law which the States parties undertook to respect when they ratified the European Convention.

224. The jurisprudential construction bringing the right of access to justice into the domain of *jus cogens (supra)* is, in my understanding, of great relevance here, to secure the ongoing evolution of contemporary international law upon humanist foundations. From this perspective, it is most unfortunate that the 2004 UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property olympically ignored the incidence of *jus cogens*. In its *travaux préparatoires* it had the occasion to take it in due account, but it preferred simply not to do so: its draftsmen dropped the matter in 1999, when the Working Group of the ILC was evasive about it, and the Working Group of the Sixth Committee of the UN General Assembly argued that the matter "was not yet ripe" for codification (as recalled with approval by the Court in the present Judgment, para. 89).

225. This is simply not true, as, by that time, the IACtHR and the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) were already engaged in their jurisprudential construction on the expanding material content *of jus cogens* (being the two contemporary interna-

[249] A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens gens — L'accès des individus à la justice internationale* (. . .), *op. cit. supra* note 243, pp. 113-119.

cette manière, les victimes de l'oppression voient leur droit au Droit dûment réalisé.

222. Je n'ai pas l'intention de m'attarder beaucoup plus sur ce point, je l'ai fait ailleurs[249], mais seulement de le mentionner dans le cadre de mon raisonnement dans la présente opinion dissidente. Je me contenterai de rappeler que, dans sa jurisprudence constante, la CIADH a à juste titre tenu compte en même temps des dispositions connexes sur le droit à un recours effectif et les garanties judiciaires (articles 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme), alors que la CEDH n'a commencé que plus récemment, durant la dernière décennie, à partir de l'affaire *Kudla c. Pologne* (arrêt du 18 octobre 2000), à suivre la même approche, en réunissant les articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. Cela est rassurant, car ces deux dispositions se renforcent mutuellement, au bénéfice des personnes protégées. La construction jurisprudentielle de ces deux juridictions internationales des droits de l'homme est en train de converger en ce qui concerne le droit d'accès à la justice *lato sensu*.

223. Le droit de l'individu à réparation, comme je l'ai déjà souligné, fait partie du droit d'accès à la justice. Dans l'affaire *Hornsby c. Grèce* (arrêt du 19 mars 1997), la CEDH, après avoir rappelé le droit d'engager une instance devant un tribunal et le droit à des garanties procédurales, a ajouté que le droit d'accès à la justice serait «illusoire» si le système juridique ne prévoyait pas une décision judiciaire contraignante finale et opérante; pour la CEDH, un jugement qui n'est pas dûment exécuté aboutit à une situation incompatible avec l'état de droit que les Etats parties se sont engagés à respecter lorsqu'ils ont ratifié la convention européenne.

224. La construction jurisprudentielle faisant entrer le droit d'accès à la justice dans le domaine du *jus cogens (supra)* est selon moi extrêmement pertinente en l'espèce, pour asseoir l'évolution en cours du droit international contemporain sur des fondements humanistes. Dans cette perspective, il est extrêmement regrettable que la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 ignore de manière olympienne les incidences du *jus cogens*. Les travaux préparatoires montrent que ses rédacteurs ont eu l'occasion d'en tenir dûment compte, mais ils ont tout simplement préféré ne pas le faire: ils ont abandonné la question en 1999, lorsque le groupe de travail de la CDI a été évasif sur ce point, et que le groupe de travail de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies a affirmé que la question «ne sembl[ait] pas assez mûre» pour être codifiée (affirmation que la Cour a rappelée en l'approuvant dans le présent arrêt, par. 89).

225. Cela n'est tout simplement pas vrai car, à cette époque, la CIADH et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) étaient déjà en train, dans leur jurisprudence, d'élargir la portée matérielle du *jus cogens* (il s'agit des deux juridictions internationales contemporaines

[249] A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale…, op. cit. supra* note 243, p. 113-119.

tional tribunals which have most contributed to that development to date)[250]. There were, moreover, other manifestations of contemporary international law that could have been taken into account, but were not. The 2004 UN Convention, which has not yet entered into force, has been heavily criticized[251] for not having addressed the problem of the jurisdictional immunities of States in face of *grave violations of human rights and of international humanitarian law*.

226. Its draftsmen were aware of the problem, but the Working Groups of the ILC and of the VI Committee of the General Assembly, finding the matter "not ripe" to be taken into account, took the easier path to conclude the Convention and have it approved, leaving the problem unresolved, continuing to raise uncertainties, — as the present case before this Court concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* bears witness of. Worse still, the majority of the ECHR (Grand Chamber) in the *Al-Adsani* case (cf. *supra*) availed itself of that omission of the draftsmen of the 2004 UN Convention to arrive at its much-criticized decision in 2001[252], and, over a decade later, the Court's majority in the present case does the same in the Judgment (paras. 89-90) adopted today. I cannot at all accept that contemporary international law can thereby be "frozen", and hence the care I have taken to elaborate and to present this dissenting opinion.

XXIII. Towards the Primacy of the Never Vanishing *Recta Ratio*

227. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of *jus cogens*, entailing State responsibility with aggravating circumstances, and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of law (in distinct legal systems — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) as a whole. Before I move on to this next point, may I, at this stage of the present dissenting opinion, raise just a couple of questions, which I find indeed appropriate to ask: when will human beings learn the lessons of the past, when will

[250] Cf. note 247 *supra*.

[251] E.g., L. Caflisch, "Immunité des Etats et droits de l'homme: Evolution récente", in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht — Festschrift für G. Ress*, Cologne/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2005, pp. 937-938, 943 and 945; C. Keith Hall, "UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol", 55 *International and Comparative Law Quarterly* (2006), pp. 412-413 and 426; L. McGregor, "Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty", 18 *European Journal of International Law* (2007), pp. 903-904, 914 and 918-919; L. McGregor, "State Immunity and *Jus Cogens*", 55 *International and Comparative Law Quarterly* (2006), pp. 437-439 and 445.

[252] The ECHR (Grand Chamber) referred in detail to that omission of the Working Group of the ILC in 1999, in paragraphs 23-24, 62-63 and 65-67 of its judgment of 21 November 2001 in the *Al-Adsani* case.

qui ont le plus contribué à cette évolution à ce jour)[250]. Il existait, en outre, d'autres manifestations du droit international contemporain qui auraient pu être prises en compte, mais ne l'ont pas été. La convention des Nations Unies de 2004, qui n'est pas encore entrée en vigueur, a été vivement critiquée[251] pour n'avoir pas abordé le problème des immunités juridictionnelles de l'Etat face aux *violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire*.

226. Les rédacteurs de cette convention étaient conscients du problème, mais le groupe de travail de la CDI ainsi que celui de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, estimant que la question n'était «pas mûre», ont choisi la facilité afin que la convention soit conclue et approuvée, le problème restant sans solution et empreint d'incertitude, comme en témoigne la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Pire encore, la majorité de la CEDH (Grande Chambre), dans l'affaire *Al-Adsani* (voir *supra*), a invoqué cette omission des rédacteurs de la convention des Nations Unies de 2004 pour aboutir à sa décision très critiquée en 2001[252] et, plus d'une décennie plus tard, la majorité de la Cour fait la même chose dans l'arrêt (par. 89-90) adopté aujourd'hui dans la présente affaire. Je ne puis en aucune manière accepter que le droit international contemporain soit ainsi «gelé», d'où le soin que j'ai pris pour élaborer et présenter mon opinion dissidente.

XXIII. Vers la primauté de la *recta ratio*, qui ne disparaît jamais

227. Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent des violations du *jus cogens* qui engagent la responsabilité de l'Etat avec des circonstances aggravantes, et ouvrent un droit à réparation aux victimes. Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel), qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) dans son ensemble. Avant de passer à mon point suivant, je me permettrai, à ce stade de la présente opinion dissidente, de soulever simplement les questions que de fait je juge approprié de poser.

[250] Voir note 247 *supra*.

[251] Par exemple L. Caflisch, «Immunité des Etats et droits de l'homme: Evolution récente», *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht — Festschrift für G. Ress*, Cologne/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2005, p. 937-938, 943 et 945; C. Keith Hall, «U N Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), p. 412-413 et 426; L. McGregor, «Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty», *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 903-904, 914 et 918-919; L. McGregor, «State Immunity and *Jus Cogens*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), p. 437-439 et 445.

[252] La CEDH (Grande Chambre) a évoqué en détail cette omission du groupe de travail de la CDI en 1999 aux paragraphes 23-24, 62-63 et 65-67 de son arrêt du 21 novembre 2001 dans l'affaire *Al-Adsani*.

they learn from the terrible sufferings of previous generations, of the kind which lie in the factual origins of the present case? As they have not learned to date (as it seems), perhaps they never will.

228. When will they stop dehumanizing their fellow human beings? As they have not stopped to date, perhaps they never will. When will they reflect in their laws the superior values *(neminem laedere)* needed to live in peace and with justice? As they have not done it yet, perhaps they never will. In all probability, they will keep on living with evil, subjecting themselves thereunder. Yet, even in this grim horizon, endeavours towards the primacy of the *recta ratio* also seem never to vanish, as if suggesting that there is still always hope, in the perennial quest for justice, never reaching an end, like in the myth of Sisyphus.

229. It is thus not surprising to find that the (underlying) problem of evil has been and continues to be one raising major concern, throughout the history of human thinking. As lucidly warned, in the aftermath of the Second World War, by R. P. Sertillanges, for centuries philosophers, theologians and writers have drawn their attention to that problem, without however finding a definite or entirely satisfactory answer to it. In his own words, "All souls, all groups and all civilizations fear evil. (. . .) The problem of evil calls into question the destiny of all, the future of humankind."[253]

230. The effects of the planified criminal State policies of the Third Reich over the population have been addressed by various contemporaries of those years of darkness. The historical novels of the thirties, of a sensitive person like Klaus Mann, for example, while criticizing the intellectuals who let themselves be co-opted by Nazism (in *Mephisto*, published in 1936), or else describing the drama of those who emigrated into exile to escape persecution (in *Le volcan*, published in 1939), are permeated by premonitions of the social cataclysm that was soon to take place (like a volcano that was already erupting), and was to victimize millions of human beings[254] — amongst whom forced labourers from the occupied countries.

231. In fact, throughout the last century, there were States which indeed pursued criminal policies — through those who spoke and acted in their names (as institutions have no moral conscience) — and victimized millions of human beings, incurring in responsibility for grave violations of human rights and of international humanitarian law of various kinds. The facts are fully documented nowadays by historians. What remains to be further developed, by jurists, is the responsibility of States themselves

[253] A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal — L'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5. *[Translation by the Registry.]*

[254] Cf. K. Mann, *Mefisto* [*Mephisto*, 1936], Barcelona, Debolsillo, 2006 (reed.), pp. 31-366; K. Mann, *Le volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, pp. 9-404.

Quand les êtres humains tireront-ils des enseignements du passé? Quand tireront-ils des enseignements des souffrances terribles des générations précédentes, du type de celles constituant les origines factuelles de la présente affaire? S'ils n'ont (comme il semble) rien appris jusqu'ici, peut-être n'apprendront-ils jamais rien.

228. Quand cesseront-ils de déshumaniser leurs frères humains? Comme ils n'ont pas cessé à ce jour, peut-être ne le feront-ils jamais. Quand traduiront-ils dans leurs lois les valeurs supérieures *(neminem laedere)* nécessaires pour vivre dans la paix et la justice? Comme ils ne l'ont pas encore fait, peut-être ne le feront-ils jamais. Selon toute probabilité, ils continueront à vivre avec le mal, en se soumettant à lui. Pourtant, même dans cette sombre perspective, les tentatives faites pour assurer la primauté de la *recta ratio* ne semblent non plus jamais disparaître, donnant à penser que, dans la quête éternelle de la justice, un espoir demeure qui n'aboutit jamais, comme dans le mythe de Sisyphe.

229. Il n'est ainsi pas surprenant de constater que le problème (sous-jacent) du mal a été tout au long de l'histoire de la pensée humaine et demeure une préoccupation majeure. Comme le révérend père Sertillanges l'a souligné avec lucidité après la seconde guerre mondiale, durant des siècles philosophes, théologiens et écrivains ont appelé l'attention sur ce problème, sans toutefois y trouver une solution définitive et entièrement satisfaisante. Pour lui, «l'angoisse du mal s'impose à toutes les âmes, à tous les groupes et à toutes les civilisations... Le problème du mal met en cause la destinée de chacun, l'avenir du genre humain.»[253]

230. Les effets des politiques étatiques criminelles planifiées du III[e] Reich ont été décrits par divers contemporains de ces années de pénombre. Les romans historiques des années 1930 d'une personne sensible comme Klaus Mann, par exemple, tout en critiquant les intellectuels qui se sont laissé coopter par le nazisme (dans *Mephisto*, publié en 1936) ou en décrivant le drame de ceux qui se sont exilés pour échapper aux persécutions (dans *Le volcan*, publié en 1939), sont empreints de prémonitions du cataclysme sociétal qui allait bientôt se produire (comme un volcan déjà en éruption) et devait victimiser des millions d'êtres humains[254], parmi lesquels des ressortissants des pays occupés astreints au travail forcé.

231. En fait, tout au long du siècle dernier, des Etats ont effectivement mené des politiques criminelles par l'intermédiaire de ceux qui parlaient et agissaient en leur nom (car les institutions n'ont pas de conscience morale) et victimisé des millions d'êtres humains, engageant leur responsabilité pour toutes sortes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Les faits sont pleinement documentés aujourd'hui par les historiens. Ce qui doit être davantage développé, cette fois par les

[253] A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal — L'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5.

[254] Voir K. Mann, *Mefisto* [*Mephisto*, 1936], Barcelone, Debolsillo, 2006 (rééd.), p. 31-366; K. Mann, *Le volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, p. 9-404.

(besides that of their officials) for the crimes perpetrated, which from time to time, over decades, became the object of some rather solitary and penetrating studies[255].

232. The human suffering which ensued from those atrocities (narrated in some historical accounts and testimonies of surviving victims) can hardly be measured, goes beyond imagination, and is simply devastating. Moreover, suffering *projects itself in time*, especially if victims of grave violations of their rights have not found justice. In my own experience of the international adjudication (in the IACtHR) of cases of massacres, there were episodes when, many years after their occurrence, the surviving victims (or their *ayants droit*) remained in search of judicial recognition of their suffering[256]. Unlike what one may easily assume, human suffering not always effaces with the passing of time: it may also increase, in face of manifest injustice — and particularly in cultures that wisely cultivate the links of the living with their dead. Human suffering, in cases of persisting injustice, may project itself on an inter-generational scale.

233. The lucid German thinker Max Scheler (1874-1928), in an essay published posthumously (*Le sens de la souffrance*, 1951), expressed his belief that all sufferings of human beings have a meaning, and, the more profound they are, the harder it is to struggle against their causes[257]. And in one of his thoughtful writings in the years following the Second World War (an essay originally published in 1953), the learned German philosopher Karl Jaspers (1883-1969) pondered that reason exists "only by decision", it "arises from freedom", it is inseparable from existence itself; although we know that we stand all at the mercy of events beyond our control, "[r]eason can stand firm only in the strength of Reason itself"[258].

234. Shortly afterwards, in his book *Origine et sens de l'histoire* (1954), Karl Jaspers clearly expressed his belief that

> "(. . .) It is on [natural law] that the law of nations is founded, on [natural law] that a court would be constituted, within the world order, to protect the individual against abuse by the State by allowing him recourse to effective justice, exercised in the name of human sovereignty.
>
> (. . .) [I]t can be shown that the totalitarian State and total war are contrary to natural law, not only because they treat as an end that

[255] Cf., *inter alia*, Vespasien V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucharest, Imprimerie de l'Etat, 1925, pp. 1-340; Roberto Ago, "Le délit international", 68 *RCADI* (1939), pp. 419-545; Pieter N. Drost, *The Crime of State — Book I: Humanicide*, Leiden, Sijthoff, 1959, pp. 1-352; J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg — Acquis et regressions*, Brussels, Bruylant, 2003, pp. 3-222.

[256] Cf. A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, pp. 159-165.

[257] M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, [1951], pp. 5 and 27.

[258] K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 (reed.), pp. 50, 59 and 84.

juristes, c'est la responsabilité des Etats eux-mêmes (outre celle de leurs agents) pour les crimes perpétrés, responsabilité qui de temps à autre, au fil des décennies, a fait l'objet d'études assez solitaires mais pénétrantes[255].

232. La souffrance humaine causée par ces atrocités (relatées dans les comptes rendus et témoignages historiques de survivants) ne peut guère être mesurée, dépasse l'imagination et est tout simplement dévastatrice. De plus, la souffrance *se projette dans le temps*, en particulier si les victimes de violations graves de leurs droits n'ont pas obtenu justice. D'après mon expérience de l'examen des affaires de massacres par une juridiction internationale (la CIADH), il existe des cas dans lesquels, de nombreuses années après les faits, les victimes survivantes (ou leurs ayants droit) continuent de rechercher une reconnaissance judiciaire de leur souffrance[256]. Contrairement à ce que l'on aurait tendance à supposer, la souffrance humaine ne s'efface pas toujours avec le passage du temps: elle peut aussi augmenter face à l'injustice manifeste, en particulier dans les cultures qui cultivent avec sagesse les liens entre les vivants et leurs morts. La souffrance humaine, dans les cas d'injustice persistante, peut se projeter dans la dimension intergénérationnelle.

233. Le lucide penseur allemand Max Scheler (1874-1928), dans un essai publié après sa mort (*Le sens de la souffrance*, 1951), se déclarait convaincu que toutes les souffrances des êtres humains ont un sens et que plus elles étaient profondes, plus dure était la lutte contre leurs causes[257]. Et, dans un de ses écrits pénétrants des années suivant la seconde guerre mondiale (un essai initialement publié en 1953), l'éminent philosophe allemand Karl Jaspers (1883-1969) a fait observer que la raison n'existe «que par décision», elle «découle de la liberté», elle est inséparable de l'existence elle-même; bien que nous sachions que nous sommes tous à la merci d'événements échappant à notre contrôle, «[l]a raison ne peut être solide que dans la force de la Raison elle-même»[258].

234. Peu après, dans son ouvrage *Origine et sens de l'histoire* (1954), Karl Jaspers a clairement exprimé sa conviction selon laquelle:

> «... C'est sur [le droit naturel] que se fonde le droit des gens, sur lui que se constituerait une juridiction, dans l'ordre mondial, pour protéger l'individu contre les abus de l'Etat en lui permettant de recourir à une justice efficace, exercée au nom de l'humanité souveraine.
>
> ... [O]n peut démontrer que l'Etat totalitaire, la guerre totale sont contraires au droit naturel, non seulement parce qu'ils prennent pour

[255] Voir par exemple Vespasien V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1925, p. 1-340; Roberto Ago, «Le délit international», *RCADI*, vol. 68 (1939), p. 419-545; Pieter N. Drost, *The Crime of State — Book I: Humanicide*, Leyde, Sijthoff, 1959, p. 1-352; J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg — Acquis et régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3-222.

[256] Voir A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2011, p. 159-165.

[257] M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, 1951, p. 5 et 27.

[258] K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 (rééd.), p. 50, 59 et 84.

> which is the means and conditions of life, but also because they proclaim the absolute value of the means, thus destroying the sense of the collective, of human rights.
>
> Natural law is confined to organizing the conditions of life (. . .) representing all aspects of the human condition in this world"[259].

235. In an illuminating essay published in Germany promptly after the war, in 1946 (titled *Die Schuldfrage*/*La question de la culpabilité*) — derived from a course he delivered in the winter of 1945-1946 at the University of Heidelberg, which has been re-edited ever since and has survived the onslaught of the passing of time —, K. Jaspers distinguished between criminal guilt, political guilt, moral guilt and metaphysical guilt, seeking to establish degrees of personal responsibility proportional to one's participation in the occurrences at issue. In one passage of his long-lasting essay, in addressing the "differentiation of the German guilt", K. Jaspers, discarding excuses on the basis of State sovereignty, asserted, in respect of the Second World War, that

> "This time there can be no doubt that Germany planned and prepared this war and started it without provocation from any other side. It is altogether different from 1914. (. . .) Germany, (. . .) violating international law, has committed numerous acts resulting in the extermination of populations and in other inhumanities."[260]

236. And then he identified the question, which he phrased "How can we speak of crimes in the realm of political sovereignty?" — with what he identified as "a habit of thought derived from the tradition of political life in Europe". And he added that

> "heads of States (. . .) are men and answer for their deeds. (. . .) The acts of States are also the acts of persons. Men are individually responsible and liable for them. (. . .) In the sense of humanity, of human rights and natural law, (. . .) laws already exist by which crimes may be determined."[261]

In fact, throughout all the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, Germany recognized its State responsibility (cf. paras. 24-31) for the historical facts lying in the origins of the *cas d'espèce*.

237. Moreover, in the course of the last decades it provided the corresponding compensation on distinct occasions and circumstances. In addition, on successive occasions, Germany — homeland of universal thinkers and writers like, e.g., I. Kant (1724-1804) and J. W. Goethe (1749-1832) —

---

[259] K. Jaspers, *Origine et sens de l'histoire*, Paris, Libr. Plon, 1954, p. 245. *[Translation by the Registry.]*

[260] K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, N.Y., Fordham University Press, 2001 (reed.), p. 47. And cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Editions de Minuit, 2007 (reed.), pp. 64-65.

[261] K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra* note 260, pp. 49-50. And cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra* note 260, p. 66.

un but ce qui est moyens et conditions de la vie, mais aussi parce qu'ils proclament la valeur absolue des moyens, détruisant ainsi le sens de l'ensemble, les droits de l'homme.

Le droit naturel se borne à organiser les conditions vitales[,] ... actualiser en ce monde la condition humaine dans son intégralité.»[259]

235. Dans un essai éclairant publié en Allemagne peu après la guerre, en 1946 (sous le titre *Die Schuldfrage/La question de la culpabilité*), tiré d'un cours donné durant l'hiver 1945-1946 à l'Université d'Heidelberg, et qui a toujours été réédité depuis et a survécu au passage du temps, K. Jaspers distinguait entre culpabilité pénale, culpabilité politique, culpabilité morale et culpabilité métaphysique, en s'efforçant d'établir, dans la responsabilité personnelle, des degrés proportionnels à la participation aux faits en cause. Dans un passage de cet essai, K. Jaspers, au sujet de la «différenciation de la culpabilité allemande», rejetant les excuses se fondant sur la souveraineté de l'Etat, affirmait, en ce qui concerne la seconde guerre mondiale:

«Cette fois il n'est pas douteux que l'Allemagne ait préparé méthodiquement la guerre et qu'elle l'ait commencée sans provocation venue de l'autre côté. C'est tout différent de 1914... [L'] Allemagne a commis de nombreuses actions ... contraires au droit des gens, qui menaient à l'extermination de populations entières et à d'autres faits inhumains.»[260]

236. Il a ensuite énoncé la question, en ces termes: «Comment peut-on parler de crime dans le domaine de la souveraineté politique?», évoquant «une habitude de pensée issue de la tradition de la vie politique en Europe». Et il a ajouté que

«les chefs d'Etat ... sont des hommes, et ils sont responsables de leurs actes... Les actes de l'Etat sont en même temps des actes personnels. Ce sont des individus qui en portent la responsabilité... [A]u sens de l'humanité, des droits de l'homme et du droit naturel ... il existe déjà des lois pouvant servir de normes à la détermination des crimes.»[261]

En fait, tout au long de la procédure devant la Cour dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, l'Allemagne a reconnu sa responsabilité en tant qu'Etat (voir par. 24-31) à raison des faits historiques qui sont à l'origine du présent cas d'espèce.

237. De plus, durant les dernières décennies, elle a accordé des indemnisations en des occasions et circonstances distinctes. En outre, à plusieurs occasions, l'Allemagne — patrie de penseurs et d'auteurs universels comme, par exemple, E. Kant (1724-1804) et J. W. Goethe (1749-1832) — a exprimé

[259] K. Jaspers, *Origine et sens de l'histoire*, Paris, Libr. Plon, 1954, p. 245.

[260] K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, New York, Fordham University Press, 2001 (rééd.), p. 47; et voir K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Editions de Minuit, 2007 (rééd.), p. 64-65.

[261] K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra* note 260, p. 49-50; et voir K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra* note 260, p. 66.

expressed public apologies, such as the renowned silent apology of former Chancellor Willy Brandt in Warsaw, Poland, on 7 December 1970, among other and successive acts of contrition. This being so, I wonder why Germany has not yet provided reparation to the surviving IMIs who have not received it to date (cf. *infra*), instead of having brought the present case before this Court.

238. In my view, in the present Judgment the Court could and should have gone beyond expressing its "surprise" and "regret" (para. 99) at the persistence of the unresolved situation concerning the IMIs. In effect, to attempt to make abstraction of grave violations of human rights or of international humanitarian law, or to attempt to assimilate them to any kind of "tort", is like trying to withhold the sunlight with a blindfold. Even in the domain of State immunities, there has been acknowledgment of the changes undergone by it, in the sense of restricting or discarding such immunities in the occurrence of those grave breaches, due to the advent of the international law of human rights, with attention focused on the right of access to justice and international accountability[262].

239. There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by the victims[263]. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, in my perception amounts to a juridical absurdity.

XXIV. The Individuals' Right to Reparation as Victims of Grave Violations of Human Rights and of International Humanitarian Law

1. The State's Duty to Provide Reparation to Individual Victims

240. As early as in 1927-1928, the PCIJ gave express judicial recognition to a precept of customary international law, reflecting a fundamental principle of international law, to the effect that

[262] Cf. [Various Authors], *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Colloque de Paris de 2003, ed. J. Verhoeven), Paris/Brussels, LGDJ/Larcier, 2004, pp. 6-7, 52-53 and 55.

[263] Cf. *ibid.*, p. 121, and cf. pp. 128-129, 138 and 274. And cf. also: M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali — L'Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Torino, G. Giappichelli Edit., 2007, pp. 135, 140 and 307-309; [Various Authors], *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (Colloque de Paris de 2004, ed. I. Pingel), Paris, Pedone, 2004, pp. 20, 31, 150 and 152.

des excuses publiques, dont la fameuse excuse silencieuse de l'ex-chancelier Willy Brandt à Varsovie (Pologne) le 7 décembre 1970 est un exemple, parmi d'autres actes de contrition successifs. Cela étant, je me demande pourquoi l'Allemagne n'a pas encore versé de réparations aux internés militaires italiens survivants qui n'en ont pas reçu à ce jour (voir *infra*), au lieu de porter la présente affaire devant la Cour.

238. Selon moi, dans le présent arrêt, la Cour pouvait et devait faire davantage qu'estimer « surprenant » et « regrettable » (par. 99) que la situation des internés militaires italiens ne soit toujours pas réglée. En effet, tenter de faire abstraction des graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ou tenter de les assimiler à un quelconque « délit civil », est comme essayer de bloquer la lumière du soleil avec un bandeau. Même dans le domaine des immunités de l'Etat proprement dit, il a été reconnu qu'une évolution était intervenue dans le sens d'une limitation ou d'un refus de ces immunités en cas de violations graves, en raison de l'apparition du droit international des droits de l'homme, l'attention s'étant portée sur le droit d'accès à la justice et l'obligation internationale de rendre des comptes[262].

239. Il existe aujourd'hui dans l'opinion une tendance croissante en faveur de l'absence d'immunité en cas de crimes internationaux dont les victimes demandent réparation[263]. En effet, admettre l'absence d'immunité de l'Etat en matière de relations commerciales ou en ce qui concerne les quasi-délits (par exemple les accidents de la route), et insister dans le même temps pour que les Etats puissent s'abriter derrière l'immunité en cas de crimes internationaux — marqués par des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire — en exécution de politiques (criminelles) d'Etat, constitue selon moi une absurdité juridique.

XXIV. Le droit des individus à réparation en tant que victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire

1. Obligation de l'Etat d'accorder une réparation aux victimes individuelles

240. Dès 1927-1928, la CPJI a expressément conféré une reconnaissance judiciaire à un précepte du droit international coutumier, reflétant un principe fondamental du droit international, estimant que

---

[262] Voir [divers auteurs], *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* (colloque de Paris de 2003, dir. publ., J. Verhoeven), Paris/Bruxelles, LGDJ/Larcier, 2004, p. 6-7, 52-53 et 55.

[263] Voir *ibid.*, p. 121, et voir p. 128-129, 138 et 274. Voir aussi M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali — L'Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Turin, G. Giappichelli Edit., 2007, p. 135, 140 et 307-309 ; [divers auteurs], *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (colloque de Paris de 2004, dir. publ., I. Pingel), Paris, Pedone, 2004, p. 20, 31, 150 et 152.

> "the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention." (*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21.)

The PCIJ added that such reparation "must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed" (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pp. 29 and 47-48).

241. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, as already indicated, Germany itself recognized its State responsibility for the grave breaches of human rights and of international humanitarian law which rest in the factual origins of the *cas d'espèce* (cf. Section III *supra*). The *State*'s obligation of reparation ineluctably ensues therefrom, as the "indispensable complement" of those grave breaches. As the *jurisprudence constante* of the old PCIJ further indicated, already in the inter-war period, that obligation is governed by international law in all its aspects (e.g., scope, forms, beneficiaries); compliance with it shall not be subject to modification or suspension by the respondent State, through the invocation of provisions, interpretations or alleged difficulties of its own domestic law (*Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15*, pp. 26-27; *Greco-Bulgarian "Communities", Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17*, pp. 32 and 35; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46*, p. 167; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, p. 24).

242. The individuals' right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law was much discussed before this Court in the present case. In this regard, Germany contended that, under general international law, individuals are not granted the right of reparation, "and certainly not for war damages"[264]. In its view, "Article 3 of the IV Hague Convention of 1907, as well as Article 91 of the First Additional Protocol (of 1977) to the Four Geneva Conventions on International Humanitarian Law of 1949, given the very structure of the Conventions, can only deal with State responsibility at inter-State level, and, hence, cannot have any direct effect for individuals"[265]. As to, more specifically, whether individual victims are conferred rights which can be invoked before courts of law, Germany argued that

> "it is hard to see how the unwarranted blend of two different concepts, one of which — the right of access to justice — is subjected to various limitations, and the other of which — the alleged right of action as a

[264] CR 2011/17, p. 42.
[265] *Ibid.*

> «la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention.» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 21.)

La CPJI ajoutait que la réparation «doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 29 et 47-48).

241. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, comme on l'a indiqué, l'Allemagne elle-même a reconnu sa responsabilité en tant qu'Etat pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui sont à l'origine de la présente affaire (voir section III *supra*). L'obligation *de l'Etat* de réparer en découle nécessairement, en tant que «complément indispensable» de ces violations graves. Comme l'indique en outre la jurisprudence constante de la CPJI, déjà entre les deux guerres, cette obligation est régie par le droit international dans tous ses aspects (par exemple quant à sa portée, ses formes et ses bénéficiaires); son exécution ne saurait être soumise à modification ou à suspension par l'Etat défendeur en invoquant les dispositions, interprétations ou difficultés touchant son droit interne (*Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15*, p. 26-27; *«Communautés» gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17*, p. 32 et 35; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 167; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44*, p. 24).

242. Le droit des individus à réparation en tant que victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire a été beaucoup débattu devant la Cour dans la présente espèce. A cet égard, l'Allemagne a fait valoir qu'en droit international général il n'existe pas de droit individuel à réparation, «et en tout cas pas en ce qui concerne les dommages de guerre»[264]. Selon elle, «l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907 ainsi que l'article 91 du premier protocole additionnel de 1977 aux quatre conventions de Genève ne portent [en raison de leur structure même] que sur la responsabilité interétatique et ne peuvent donc avoir d'effet direct pour les personnes physiques»[265]. Sur le point plus précis de savoir si les victimes individuelles ont des droits susceptibles d'être invoqués devant les tribunaux, l'Allemagne fait observer que

> «on imagine difficilement comment l'alliage peu naturel de deux concepts différents, dont l'un — le droit à l'accès à la justice — est soumis à différentes limites et l'autre — le prétendu droit d'agir en

[264] CR 2011/17, p. 42.
[265] *Ibid.*

> consequence of a war crime — simply does not exist *de lege lata*, can together create a super-rule of *jus cogens*"[266].

243. In turn, Italy contended that the goal of "preserving individual rights from an unjust privilege and granting the individual access to justice and to tort reparation also characterized further developments of the immunity rule and its exceptions"[267]. It further claimed that

> "[t]he restriction of immunity in cases of individuals bringing lawsuits to obtain redress for a grave breach of the most fundamental principles of human dignity granted by *jus cogens* rules seems to be a reasonably balanced solution".[268]

Moreover, it also argued that "[w]hen the victims of violations of fundamental rules of the international legal order, deprived of any other means of redress, resort to national courts, the procedural bars of State immunity cannot bring the effect of depriving such victims of the only available remedy"[269].

244. For its part, Greece also held, in this respect, that "the fundamental argument in the position of the Greek courts is based on the recognition that there is an individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law"[270]. Greece claimed that

> "the obligation on the State to compensate individuals for violations of the rules of humanitarian law seems to derive from Article 3 of the IV Hague Convention of 1907, even though it is not expressly stated in that Article and even though individuals needed State mediation through inter-State treaties. (. . .) That is made clear by the fact that individuals are not excluded from the text of Article 3. This line of argument also emerges from the *travaux préparatoires* of the Second Hague [Peace] Conference."[271]

245. The individual right to reparation is well-established in international human rights law, which counts on a considerable case law of international human rights tribunals (such as the European and Inter-American Courts) on the matter[272]. Beyond that, public interna-

---

[266] CR 2011/17, p. 45.
[267] Counter-Memorial of Italy, para. 4.22.
[268] *Ibid.*, para. 4.101.
[269] *Ibid.*, para. 4.103.
[270] CR 2011/19, p. 22 (translation).
[271] *Ibid.*, pp. 22-23 (translation).
[272] The case law on the matter of the IACtHR has been particularly singled out, for the *diversity of forms* of the reparations it has granted to the victims; cf., e.g. [Various Authors], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, *op. cit. supra* note 67, pp. 17-334; [Various Authors], *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, pp. 7-413; [Various Authors], *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity — Systems in Place and Systems in the Making* (eds. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 217-282.

> conséquence d'un crime de guerre — n'existe tout simplement pas *de lege lata*, peut constituer une super règle du *jus cogens*»[266].

243. L'Italie affirme quant à elle que «la protection des droits individuels face à un privilège injuste, l'accès individuel à la justice et la réparation des préjudices ont également marqué l'évolution ultérieure de la règle de l'immunité et des exceptions à celle-ci»[267]. Elle soutient en outre que

> «[l]a restriction de l'immunité dans les cas où des personnes physiques intentent des actions en justice pour obtenir réparation à la suite d'une violation grave des principes les plus fondamentaux de la dignité humaine garantis par des règles de *jus cogens* apparaît comme une solution raisonnablement équilibrée».[268]

Elle affirme de plus que, «[l]orsque les victimes de violations de règles fondamentales de l'ordre juridique international, privées de tout autre moyen de réparation, s'adressent aux juridictions nationales, les obstacles d'ordre procédural tenant à l'immunité des Etats ne sauraient avoir pour effet de les priver du seul recours disponible»[269].

244. La Grèce estime, elle aussi, à cet égard que «[l]'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire»[270]. Elle fait valoir que

> «l'obligation de l'Etat d'indemniser les individus pour violations des règles du droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907, même si elle n'y est pas explicitement exprimée et même si les individus avaient besoin de la médiation de l'Etat ménagée par des traités interétatiques .. Cela est attesté par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième Conférence [de paix] de La Haye.»[271]

245. Le droit individuel à réparation est bien établi en droit international des droits de l'homme, et il repose sur une très abondante jurisprudence des tribunaux internationaux des droits de l'homme (par exemple les cours européenne et interaméricaine) en la matière[272]. En outre, le droit international

---

[266] CR 2011/17, p. 45.

[267] Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.22.

[268] *Ibid.*, par. 4.101.

[269] *Ibid.*, par. 4.103.

[270] CR 2011/19, p. 22.

[271] *Ibid.*, p. 22-23.

[272] La jurisprudence en la matière de la CIADH a été particulièrement remarquée, pour la *diversité des formes* des réparations qu'elle a accordées aux victimes; voir par exemple [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, *op. cit. supra* note 67, p. 17-334; [divers auteurs], *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (dir. publ., L. Hennebel et H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, p. 7-413; [divers auteurs], *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity — Systems in Place and Systems in the Making* (dir. publ., C. Ferstman, M. Goetz et A. Stephens), Leyde, Nijhoff, 2009, p. 217-282.

tional law itself has been undergoing a continuous development in relation to reparation for war-related individual claims, traditionally regarded as being subsumed by inter-State peace arrangements. From the nineties onwards, there have been attempts to re-structure such classical approach into the new line of the adjudication of individual claims by "regular courts of law"[273]. After all, the ultimate victims of violations of international humanitarian law are individuals, not States.

246. Individuals subjected to forced labour in the German war industry (1943-1945), or the close relatives of those murdered in Distomo, Greece, or in Civitella, Italy, in 1944, during the Second World War, or victimized by other State atrocities, are the *titulaires* (with their *ayants-droits*) of the corresponding right to reparation. Victims are the true bearers of rights, including the right to reparation, as generally recognized nowadays. Illustrations exist nowadays also in the domain of international humanitarian law. A study of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on customary international humanitarian law rules[274] can be recalled in this connection. Rule 150 reads as follows: "A State responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused."[275] As to, specifically, the question of "reparation sought directly by individuals", Rule 150 refers to "an increasing trend in favour of enabling individual victims of violations of international humanitarian law to seek reparation directly from the responsible State"[276].

247. Furthermore, the 2004 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary-General, after asserting that grave violations of human rights and of international humanitarian law "can entail not only the individual criminal liability of the perpetrator but also the international responsibility of the State (or State-like entity) on whose behalf the perpetrator was acting", added that such international responsibility requires that that "the State (or the State-like entity) must pay compensation to the victim" (para. 593).

---

[273] R. Dolzer, "The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945", 20 *Berkeley Journal of International Law* (2002), p. 296.

[274] ICRC, *Customary International Humanitarian Law* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Vol. I: Rules, Geneva/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, esp. pp. 537-550.

[275] *Ibid.*, p. 537; according to the appended summary, State practice establishes this Rule as one of "customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts".

[276] *Ibid.*, p. 541; in this regard, Rule 150 refers to Article 33 (2) of the ILC Articles on State Responsibility and the commentary thereof, and asserts that reparations have been granted directly to individual victims through different procedures, ranging from mechanisms set up by inter-State agreements to reparations sought by individuals directly before national courts.

public lui-même a connu une évolution continue en ce qui concerne les réparations en cas de demandes individuelles liées à la guerre, considérées traditionnellement comme étant comprises dans les accords de paix entre Etats. A partir des années 1990, on a tenté de restructurer cette approche classique dans le cadre de la démarche nouvelle consistant à faire juger les demandes individuelles par les «tribunaux de droit commun»[273]. Après tout, les victimes ultimes des violations du droit international humanitaire sont des individus, non des Etats.

246. Les individus contraints au travail forcé dans l'industrie de guerre allemande (1943-1945), ou les proches parents de ceux qui ont été assassinés à Distomo (Grèce) ou à Civitella (Italie) en 1944, durant la seconde guerre mondiale, ou ont été victimes d'autres atrocités d'Etat, sont (avec leurs ayants droit) les titulaires du droit à réparation correspondant. Les victimes sont de véritables titulaires de droits, y compris le droit à réparation, comme cela est généralement reconnu de nos jours. Des illustrations en existent également dans le domaine du droit international humanitaire. Une étude du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur les règles du droit international humanitaire coutumier[274] peut être évoquée à cet égard. La règle 150 se lit comme suit: «L'Etat responsable de violations du droit international humanitaire est tenu de réparer intégralement la perte ou le préjudice causé.»[275] Quant à la question plus précise de «la réparation ... demandée directement par des personnes privées», la règle 150 indique que la «tendance est de plus en plus à autoriser les personnes victimes de violations du droit international humanitaire à demander directement réparation à l'Etat responsable»[276].

247. De plus, dans son rapport de 2004 au Secrétaire général des Nations Unies, la commission internationale d'enquête sur le Darfour, après avoir affirmé que les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire «pouvaient engager non seulement la responsabilité pénale individuelle de leur auteur mais aussi la responsabilité internationale de l'Etat (ou de l'entité quasi étatique) dont celui-ci est l'agent», a ajouté que cette responsabilité internationale signifie que «l'Etat (ou l'entité quasi étatique) doit verser une indemnisation aux victimes» (par. 593).

---

[273] R. Dolzer, «The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20 (2002), p. 296.

[274] CICR, *Droit international humanitaire coutumier* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), vol. 1: Règles, Genève/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, en particulier p. 537-550.

[275] *Ibid.*, p. 537; selon le commentaire joint à la règle, selon la pratique des Etats, cette règle constitue «une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux».

[276] *Ibid.*, p. 541; à cet égard, la règle 150 renvoie au paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat et au commentaire y relatif, et affirme que des réparations ont été accordées directement aux victimes individuelles dans le cadre de différentes procédures allant de mécanismes mis en place par des accords interétatiques à des actions en réparation intentées par des individus directement devant les tribunaux nationaux.

248. After singling out the impact of international human rights law on the domain of State responsibility, the 2004 Report stated that there is nowadays "a strong tendency towards providing compensation not only to States but also to individuals based on State responsibility" (p. 151, note 217). The aforementioned Report of the Commission on Darfur then concluded that, under the impact of the international law of human rights,

> "the proposition is warranted that at present, whenever a gross breach of human rights is committed which also amounts to an international crime, customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as *de jure* or *de facto* organs, to make reparation (including compensation) for the damage made" (para. 598).

249. Reference can also be made to the legal regime of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission: according to Article 5 (1) of the Agreement of 12 December 2000 between the Governments of the State of Eritrea and of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, the Commission was thereby set up in order

> "to decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (. . .) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party".

Furthermore, the 2010 draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues), of the ILA International Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict, in addressing the right to reparation (under Article 6), acknowledges the enhanced position of individuals in international human rights law, and sees no reason why individuals were to have a weaker position under the rules of international law applicable in armed conflicts.

250. In the same vein, the 2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law[277], sets forth, in Article 15, the duty of States to provide for reparation to victims:

> "In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims for acts or omissions which can be attributed to the State and constitute gross

[277] Adopted and proclaimed by UN General Assembly resolution 60/147, of 16 December 2005.

248. Après avoir souligné l'impact du droit international des droits de l'homme dans les domaines de la responsabilité de l'Etat, la commission a déclaré dans le même rapport de 2004 que de nos jours «la tendance majoritaire [voulait] que l'indemnisation, au titre de la responsabilité des Etats, soit versée non seulement aux Etats mais aussi aux particuliers» (p. 151, note 217). La commission concluait dans ce rapport que, eu égard au droit international des droits de l'homme,

> «il est permis d'affirmer qu'à l'heure actuelle, en cas de violation grave des droits de l'homme constituant un crime de droit international, le droit international coutumier non seulement reconnaît la responsabilité pénale des auteurs de la violation, mais aussi impose à l'Etat ou aux Etats dont ils sont ressortissants ou dont ils sont, en droit ou en fait, les agents l'obligation de réparer (y compris par une indemnisation) le préjudice causé» (par. 598).

249. On peut également évoquer le régime juridique de la commission des réclamations Ethiopie-Erythrée: aux termes du paragraphe 1 de l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000 entre les gouvernements de l'Etat d'Erythrée et de la République fédérale démocratique d'Ethiopie, la commission a été créée pour

> «statuer dans le cadre d'un arbitrage obligatoire sur toutes les demandes à raison de pertes, dommages ou préjudices formulées par un gouvernement contre l'autre, et par les nationaux ... d'une partie contre le gouvernement de l'autre partie ou des entités appartenant ou contrôlées par l'autre partie».

De plus, le projet de déclaration de 2010 des principes de droit international sur la reparation en faveur des victimes de conflit armé (questions de fond) du comité international de l'ADI sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé, lorsqu'il envisage le droit à réparation (à l'article 6), reconnaît que les individus sont dans une meilleure situation en droit international des droits de l'homme et ne voit aucune raison pour laquelle leur situation serait plus précaire au regard des règles du droit international applicables dans les conflits armés.

250. Dans la même veine, les «principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire» adoptés en 2005[277] énoncent, au paragraphe 15, l'obligation des Etats d'accorder réparation aux victimes:

> «Conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'Etat assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des

[277] Adoptés et proclamés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005.

violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law."

All these recent developments go beyond the strict and traditional inter-State dimension, in establishing the individuals' right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law.

251. It would appear odd, if not surreal, if the domain of State immunity were to remain oblivious of such significant developments in recent years. The *titulaires* of the right to reparation for those grave violations are the individual victims who suffered them. As I sustained in my dissenting opinion (para. 178) in this Court's Order of 6 July 2010 (dismissing the Italian counter-claim) in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, States cannot at all waive rights that do not belong to them. One cannot at all turn one's back to significant developments in areas of international law, such as those of the international law of human rights and international humanitarian law, so as to deprive the human person of its right to redress. This would lead to manifest injustice.

252. It appears clearly to me without foundation to claim that the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law would exhaust itself at inter-State level, to the detriment of the individuals who suffered the consequences of war crimes and crimes against humanity. After all, those individuals are the *titulaires* of the right to reparation, as a consequence of those grave violations of international law *inflicted upon them*. An interpretation of the regime of reparations as belonging purely to the inter-State level would furthermore equate to a complete misconception of the position of the individual in the international legal order. In my own conception, "the human person has emancipated herself from her own State, with the acknowledgement of her rights, which are prior and superior to this latter"[278]. Thus, the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law cannot possibly exhaust itself at the inter-State level, wherein the individual is left at the end without any reparation at all.

253. It is also to be kept in mind that national courts are not the only avenue for victims to obtain redress for grave violations of human rights and of international humanitarian law. There have been, in fact, other avenues, in the international *fora*, for individuals to seek and obtain reparation. These include Mixed Claims Tribunals and Commissions, and quasi-judicial bodies set up either by the UN Security Council, or by peace treaties, or at the initiative of States or corporations, and "dormant

[278] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale...*, *op. cit. supra* note 243, pp. 29 and 146.

violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.»

Tous ces développements récents vont au-delà de la dimension strictement interétatique traditionnelle en énonçant le droit à réparation des victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

251. Il serait bizarre, sinon surréel, de ne pas tenir compte dans le domaine de l'immunité de l'Etat de cette importante évolution intervenue ces dernières années. Les titulaires du droit à réparation pour ces violations graves sont les victimes individuelles qui les ont subies. Comme je l'ai soutenu dans l'opinion dissidente (par. 178) que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (déclarant irrecevable la demande reconventionnelle de l'Italie) dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, les Etats ne peuvent absolument pas renoncer à des droits qui ne leur appartiennent pas. On ne peut absolument pas ignorer les développements importants intervenus dans certains domaines du droit international, comme le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, pour priver la personne humaine de son droit à réparation. Cela aboutirait à une injustice manifeste.

252. Il me semble infondé d'affirmer que les régimes de réparation pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'épuiseraient au niveau interétatique au détriment des individus ayant souffert des conséquences de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Après tout, ces individus sont les titulaires du droit à réparation découlant de ces graves violations du droit international *qui leur ont été infligées*. Interpréter le régime des réparations comme relevant exclusivement du domaine interétatique traduirait en outre une conception totalement erronée de la situation de l'individu dans l'ordre juridique international. Selon ma propre conception, «la personne humaine s'est émancipée de son propre Etat, avec la reconnaissance de ses droits, qui sont antérieurs et supérieurs à ce dernier»[278]. Ainsi, le régime des réparations pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne peut s'épuiser au niveau interétatique, en laissant finalement l'individu sans aucune réparation.

253. Il faut aussi se souvenir que les tribunaux internes ne sont pas la seule voie ouverte aux victimes pour obtenir réparation des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il y a en fait d'autres voies, dans les *instances* internationales, permettant aux individus de demander et d'obtenir réparation. On peut citer à cet égard les tribunaux et commissions mixtes des réclamations, et les organes quasi judiciaires créés soit par le Conseil de sécurité de l'ONU, soit par des

[278] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale…*, *op. cit. supra* note 243, p. 29 et 146.

claims" arbitrations[279]. Thus, national courts are one avenue for victims to obtain redress, depending on the circumstances of the case, but they are not the only one. In contemporary international law, national and international courts are in increasingly closer contact with each other, in distinct domains.

254. For example, in the protection of individual rights, where there is a convergence between public domestic law and international law, they are so, by means of the States' duty, to provide effective local remedies[280]. In the realm of the law of regional integration, the preliminary ruling procedure (e.g., as under Article 234 of the EC Treaty) affords another example to the same effect. In international criminal law, the principle of complementarity provides yet another illustration. And the examples multiply, disclosing ultimately the *unity of the law*. In fact, what ultimately matters is the *realization of justice* at national and international levels. After all, international crimes are not acts *jure imperii*, they remain *crimes* irrespective of who committed them; they are grave breaches of human rights and of international humanitarian law which require reparations to the victims; claims of State immunity cannot do away with the State's duty to provide reparation to the individual victims.

255. In effect, the acknowledgment of the *individual's* right to reparation (corresponding to that obligation of the State), as a component of the individual's right of access to justice *lato sensu* — with judicial recognition nowadays from both the IACtHR and the ECHR — becomes even more compelling in respect of *grave violations of human rights and of international humanitarian law*, like the ones which form the factual background of the present case relating to the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court. Immunities can hardly be considered in a legal *vacuum*. From the very start of the present case, in the written phase of the proceedings, up to the conclusion of the oral phase, the *punctum pruriens* of a major difference between the contending Parties was precisely the counterposition of State immunities to the State's duty to provide reparation to those victimized by grave violations of human rights and of international humanitarian law.

256. Germany's thesis, clearly expounded in its Memorial, is that "Italy is bound to abide by the principle of sovereign immunity which debars private parties from bringing suits against another State before the courts of the forum State" (para. 47). In its view, "Italy cannot rely on

[279] Cf., e.g., E.-C. Gillard, "Reparation for Violations of International Humanitarian Law", 85 *International Review of the Red Cross* (Sept. 2003), note 851, pp. 539-545; and cf., generally, [Various Authors], *Redressing Injustices through Mass Claims Processes — Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press/PCA, 2006, pp. 3-425.

[280] A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Volkerrechts*, Tübingen (1977-1978), pp. 333-370.

traités de paix ou à l'initiative d'Etats ou de sociétés, et les arbitrages relatifs à des «réclamations en sommeil»[279]. Ainsi, les tribunaux nationaux constituent une voie permettant aux victimes d'obtenir réparation en fonction des circonstances de l'espèce, mais ce n'est pas la seule. En droit international contemporain, les tribunaux nationaux et internationaux sont en contact de plus en plus étroit, dans des domaines distincts.

254. Par exemple, dans la protection des droits de l'individu, où il y a convergence entre le droit public national et le droit international, ils le sont du fait de l'obligation des Etats d'ouvrir des recours effectifs[280]. Dans le domaine du droit de l'intégration régionale, la procédure de la décision préliminaire (par exemple au titre de l'article 234 du traité créant la Communauté européenne) constitue un autre exemple. En droit pénal international, le principe de complémentarité en est encore un autre. Et les exemples se multiplient, finissant par révéler l'*unité du droit*. En fait, ce qui compte en dernière analyse est la *réalisation de la justice* aux niveaux national et international. Après tout, les crimes internationaux ne sont pas des actes *jure imperii*, ils demeurent des *crimes* quels que soient leurs auteurs; il s'agit de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont les victimes ont droit à réparation; l'invocation de l'immunité de l'Etat ne peut écarter l'obligation de celui-ci d'accorder réparation aux victimes individuelles.

255. En fait, la reconnaissance du droit de l'*individu* à réparation (qui correspond à cette obligation de l'Etat), en tant qu'élément du droit d'accès à la justice *lato sensu* de l'individu, reconnu judiciairement aujourd'hui par la CIADH et la CEDH, s'impose encore plus pour ce qui est des *violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, comme celles qui forment le contexte factuel de la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Les immunités ne peuvent guère être envisagées dans un vide juridique. Dès le début de la présente affaire, durant la procédure écrite et jusqu'à la fin de la procédure orale, le *punctum pruriens* d'une divergence d'opinions majeure entre les Parties a précisément été l'opposition des immunités de l'Etat à l'obligation de l'Etat d'accorder réparation aux victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

256. La thèse de l'Allemagne, clairement exposée dans son mémoire, est que l'Italie «est ... tenue de respecter le principe de l'immunité souveraine, qui empêche les personnes physiques d'engager des poursuites contre un autre Etat devant les juridictions de l'Etat du for» (par. 47).

[279] Voir par exemple E.-C. Gillard, «Reparation for Violations of International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 85 (septembre 2003), note 851, p. 539-545; et voir généralement [divers auteurs], *Redressing Injustices through Mass Claims Processes — Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press/PCA, 2006, p. 3-425.

[280] A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts», *Archiv des Volkerrechts*, vol. 17 (1977-1978), Tübingen, p. 333-370.

any justification for disregarding the immunity which Germany enjoys under that principle" (para. 47). Contrariwise, Italy's thesis, as expounded in its Counter-Memorial, is that

> "the State which has committed grave violations of fundamental rules cannot be regarded as being entitled to invoke immunity for its wrongful acts, even if these acts are to be qualified as *acta jure imperii*. If granted, immunity would amount to an absolute denial of justice for the victims and to impunity for the State." (Para. 4.110.)

In its view,

> "[t]he international legal order cannot, on the one hand, establish that there are some fundamental substantive rules, which cannot be derogated from and whose violation cannot be condoned, and on the other hand grant immunity to the author of violations of these fundamental rules in situations in which it is clear that immunity substantially amounts to impunity" (para. 4.111).

257. Consideration of this matter — the State's duty to provide reparation to individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law — cannot possibly be avoided. It is a State's duty under customary international law and pursuant to a fundamental general principle of law. This brings me now to the issue of compliance or otherwise, by the responsible State, with the duty to provide reparation to the victims — referred to by Italy — for those grave violations which took place in the Second World War. The following points will be addressed in sequence: first, the categories of victims in the *cas d'espèce*; secondly, the legal framework of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation (2000); and thirdly, assessment of the submissions of the contending Parties.

2. *The Categories of Victims in the* Cas d'Espèce

258. According to Italy, there are three categories of victims of the aforementioned violations[281], entitled to receive reparation, namely:

> "*(i)* soldiers who were imprisoned, denied the status of prisoners of war, and sent to forced labour [the so-called 'Italian military internees']; *(ii)* civilians who were detained and transferred to detention camps where they were sent to forced labour; *(iii)* civilian populations who were massacred as part of a strategy of terror and reprisals against the actions of freedom fighters"[282].

[281] Germany also classifies the victims into the three categories described by Italy; cf. Memorial of Germany, para. 13.

[282] Counter-Memorial of Italy, para. 2.8.

Pour elle, «[r]ien ne justifie qu'elle méconnaisse l'immunité de l'Allemagne en vertu de ce principe» (par. 47). A l'opposé, la thèse de l'Italie, exposée dans son contre-mémoire, est que

> «les Etats ayant commis des violations graves des règles fondamentales ne sauraient être considérés comme ayant le droit de se prévaloir de l'immunité pour leurs faits illicites, même si ces derniers doivent être qualifiés d'actes *jure imperii*. Si l'immunité était accordée, cela aboutirait à un déni de justice absolu pour les victimes ainsi qu'à l'impunité de l'Etat.» (Par. 4.110.)

Selon elle,

> «[l]'ordre juridique international ne saurait, d'une part, prévoir qu'il existe certaines règles matérielles fondamentales auxquelles il n'est pas permis de déroger et dont la violation ne saurait être tolérée, tout en accordant d'autre part l'immunité à l'auteur des violations de ces règles fondamentales dans des situations où il est clair que l'immunité équivaut essentiellement à l'impunité» (par. 4.111).

257. Il n'est pas possible d'éluder l'examen de cette question, celle de l'obligation de l'Etat d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il s'agit d'une obligation de l'Etat en vertu du droit international coutumier et d'un principe général fondamental du droit. Cela m'amène maintenant à la question de l'exécution ou de l'inexécution, par l'Etat responsable, de son obligation d'accorder réparation aux victimes mentionnées par l'Italie pour les violations graves commises durant la seconde guerre mondiale. Je me pencherai successivement sur les points suivants: premièrement, les catégories de victimes en l'espèce, deuxièmement, le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000) et, troisièmement, l'évaluation des conclusions des Parties.

2. Les catégories de victimes en l'espèce

258. Selon l'Italie, il y a trois catégories de victimes des violations susmentionnées[281] ayant droit à réparation, à savoir:

> «*i)* les soldats emprisonnés qui s'étaient vu refuser le statut de prisonniers de guerre et furent soumis au travail forcé [les «internés militaires italiens»]; *ii)* les civils qui furent détenus et transférés dans des camps de détention où ils furent soumis au travail forcé; et *iii)* les populations civiles qui furent massacrées dans le cadre d'une stratégie de terreur et de représailles contre les actions des combattants pour la libération»[282].

[281] L'Allemagne range également les victimes dans les trois catégories définies par l'Italie; voir mémoire de l'Allemagne, par. 13.

[282] Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.8.

259. Italy contends that "none, or very few, of them has obtained [reparation] so far"[283]. Italy further argues, with regard to Mr. Ferrini in particular, that he belongs to the category of *(ii)* civilians who were detained and transferred to detention camps to be used as forced labour[284]. While Mr. Ferrini had already initiated proceedings before the *Tribunale di Arezzo* in 1998, he also sought to obtain reparation from German authorities. Italy claims that Mr. Ferrini decided not to submit a request for compensation under the law of 2 August 2000 (establishing the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation) "since he had not been detained in 'another place of confinement' within the meaning of Section 11, paragraph 1 of the Foundation Act and was furthermore not in a position to demonstrate that he met the requirements as set up by the guidelines of the Foundation"[285].

260. Italy adds that "[i]n 2001 Mr. Ferrini, together with other complainants, also lodged a constitutional complaint against Sections 10, paragraph 1, 11, paragraph 3, and 16, paragraphs 1 and 2 of the Foundation Law with the Federal Constitutional Court" and that "[t]his complaint was later rejected by the Federal Constitutional Court"[286]. Keeping this background information in mind, attention may now be turned to the legal framework of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation, established in 2000.

3. The Legal Framework of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation (2000)

261. In the years 1999-2000, Germany conducted diplomatic negotiations with a number of States — which formerly were belligerent parties in the Second World War — concerning reparation for individuals who had, during the war, been subjected to forced labour in German companies and in the public sector[287]. According to Italy, those negotiations were triggered by lawsuits brought by former forced labourers against German companies in US courts, and, against that background, Ger-

---

[283] Counter-Memorial of Italy, para. 2.8.

[284] In Italy's words:

> "War crimes were widely committed against the civilian population, and thousands of civilians of military age, among them Mr. Ferrini, Mr. Mantelli, and Mr. Maietta (whose cases are referred to by the Applicant in its Memorial), were also transferred to detention camps in Germany, or in territories controlled by Germany, where they were employed as forced labour as another form of retaliation against the Italian civilian population." (*Ibid.*, para. 2.7.)

[285] *Ibid.*, para. 2.43 (note 43). Cf. summary of facts reported in *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) and 275 Others* v. *Germany*, p. 5 (Annex 10 to Italy's Counter-Memorial).

[286] Counter-Memorial of Italy, para. 2.43 (note 43).

[287] *Ibid.*, para. 2.27. And cf., generally, J. Authers, *op. cit. supra* note 230, pp. 420-449.

259. L'Italie affirme que, parmi ces catégories, «quasiment aucune n'a été indemnisée jusqu'à présent»[283]. Elle fait valoir en outre, en ce qui concerne M. Ferrini en particulier, qu'il entre dans la catégorie *ii)* des civils placés en détention et transférés dans les camps de détention pour y être astreints au travail forcé[284]. Si M. Ferrini avait déjà engagé une instance devant le *Tribunale di Arezzo* en 1998, il a aussi cherché à obtenir réparation auprès des autorités allemandes. L'Italie fait valoir que M. Ferrini a décidé de ne pas présenter de demande d'indemnisation en vertu de la loi du 2 août 2000 (créant la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir») «en raison du fait qu'il n'avait pas été détenu dans un «autre lieu de détention» au sens du premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation et qu'en outre il n'était pas en mesure de démontrer qu'il remplissait les conditions définies dans les lignes directrices de la fondation»[285].

260. L'Italie ajoute que, «[e]n 2001, M. Ferrini, conjointement avec d'autres demandeurs, forma également un recours constitutionnel concernant les paragraphes 1 de l'article 10, 3 de l'article 11 et 1 et 2 de l'article 16 de la loi portant création de la fondation devant la Cour constitutionnelle fédérale» et que «ce recours fut par la suite rejeté par cette dernière»[286]. Gardant ces faits à l'esprit, je vais maintenant examiner le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir», créée en 2000.

3. Le cadre juridique de la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » (2000)

261. En 1999-2000, l'Allemagne a mené des négociations diplomatiques avec plusieurs Etats, anciennes parties belligérantes lors de la seconde guerre mondiale, concernant l'octroi de réparations aux individus qui avaient été durant la guerre astreints à un travail forcé dans des sociétés allemandes et dans le secteur public[287]. Selon l'Italie, ces négociations furent suscitées par des actions en justice introduites par d'anciens travailleurs forcés contre des entreprises allemandes devant les tribunaux

[283] Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.8.

[284] Selon l'Italie:

> «Des crimes de guerre furent commis en masse contre la population civile, et des milliers de civils aptes au service militaire, dont M. Ferrini, M. Mantelli et M. Maietta (dont les affaires sont citées par le demandeur dans son mémoire), furent également transférés dans des camps de détention situés en Allemagne ou sur des territoires contrôlés par cette dernière, où ils furent astreints au travail forcé, une autre forme de représailles contre la population civile italienne.» (*Ibid.*, par. 2.7.)

[285] *Ibid.*, par. 2.43 (note 43). Voir le résumé des faits dans *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) et 275 autres plaignants c. Allemagne*, p. 5 (annexe 10 du contre-mémoire de l'Italie).

[286] Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.43 (note 43).

[287] *Ibid.*, par. 2.27. Et voir généralement J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 420-449.

many and the United States concluded an agreement that envisaged the establishment of a mechanism for addressing reparation claims of former forced labourers[288].

262. Upon the conclusion of such agreement, on 2 August 2000 a German federal law was adopted, setting up the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation[289]. The purpose of the Foundation was to make funds available to persons who had been victims of forced labour "and other injustices from the National Socialist period" (Article 2 (1) of the Foundation Law). The Foundation did not provide reparation directly to individuals defined by the Foundation Law, but rather to so-called "partner organizations", which received specified global amounts (Article 9 of the Foundation Law)[290].

263. The categories of persons entitled to receive reparation, according to the Article 11 of the Foundation Law, were thus defined: *(a)* individuals "detained in a concentration camp, or in another prison or camp, or in a ghetto under comparable conditions, and subjected to forced labour" (Art. 11 (1)); *(b)* individuals "deported from their home country to Germany in the borders of 1937, or a territory occupied by Germany, and subjected to forced labour in a private company or in the public sector, and (. . .) detained (. . .) or subjected to particularly bad conditions of life" (Art. 11 (2)); and *(c)* it was expressly stated — importantly for the proceedings of the present case — that the status of a prisoner of war does not give entitlement to payments or benefits under the Law (Art. 11 (3))[291].

264. Thus, although the Foundation Law was intended specifically to cover categories of victims who were left out of other German reparation arrangements, the Article 11 (3) of the Foundation Law expressly excluded prisoners of war, stating that "[e]ligibility cannot be based on prisoner-of-war status". As to the scope of this provision, it has been pointed out that, in the official commentary of the Foundation Law,

"the Federal Government explained the exclusory clause as follows:

> 'Prisoners of war subjected to forced labour are in principle not entitled to payments because the rules of international law allowed a detaining power to enlist prisoners of war as workers. However,

[288] Counter-Memorial of Italy, para. 2.27.

[289] Hereinafter referred to as "the Foundation".

[290] Cf. B. Fassbender, "Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000", 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), pp. 244-245; cf. also, Counter-Memorial of Italy, paras. 2.27-2.28.

[291] Cf. B. Fassbender, "Compensation for Forced Labour in World War II...", *op. cit. supra* note 290, p. 246.

des Etats-Unis et, dans ce contexte, l'Allemagne et les Etats-Unis conclurent un traité prévoyant la mise en place d'un mécanisme pour le traitement des demandes de réparation d'anciens travailleurs forcés[288].

262. Suite à la conclusion de cet accord, le 2 août 2000, une loi fédérale allemande fut adoptée qui portait création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir»[289]. Cette fondation avait pour objet d'indemniser financièrement les personnes qui avaient été soumises au travail forcé «et à d'autres injustices au cours de la période nationale-socialiste» (article 2, paragraphe 1, de la loi). La fondation ne versait pas directement de réparations aux individus définis dans la loi mais les versait à des «organisations partenaires» qui recevaient des sommes forfaitaires déterminées (article 9 de la loi)[290].

263. Les catégories de personnes ayant droit à réparation étaient ainsi définies à l'article 11 de la loi portant création de la fondation: *a)* les individus «détenus dans un camp de concentration, une autre prison ou un autre camp, ou dans un ghetto dans des conditions comparables, et astreints au travail forcé» (art. 11, par. 1); *b)* les individus «déportés depuis leur pays d'origine vers le territoire du Reich allemand selon les frontières de 1937, ou vers un territoire occupé par l'Allemagne, et ayant été astreints au travail forcé dans une entreprise commerciale ou au service d'autorités publiques sur place, ou ... [en] détention ou dans des conditions de vie extrêmement difficiles de nature similaire» (art. 11, par. 2); et *c)* il était expressément indiqué, ce qui est important pour la procédure en l'espèce, que le statut des prisonniers de guerre ne donne pas droit à des versements ou des prestations en vertu de la loi (art. 11, par. 3)[291].

264. Ainsi bien que la loi portant création de la fondation eût été spécifiquement adoptée pour couvrir les catégories de victimes ne relevant pas des autres accords de réparation conclus par l'Allemagne, le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation excluait expressément les prisonniers de guerre de son champ d'application, indiquant que «[l]e droit à réparation ne peut être fondé sur le statut de prisonnier de guerre». Pour ce qui est de la portée de cette disposition, le commentaire officiel de la loi indique ce qui suit:

> «le Gouvernement fédéral a expliqué cette clause d'exclusion comme suit:
>
> > «Les prisonniers de guerre astreints à un travail forcé n'ont en principe pas droit à des versements parce que les règles du droit international autorisent la puissance qui les détient à engager les

[288] Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.27.

[289] Ci-après «la fondation».

[290] Voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3 (2005), p. 244-245; voir également contre-mémoire de l'Italie, par. 2.27-2.28.

[291] Voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II...», *op. cit. supra* note 290, p. 246.

> persons released as prisoners of war who were made 'civilian workers' *(Zivilarbeiter)* can be entitled under the [Foundation Law] if the other requirements are met.'
>
> However, in 'guidelines' adopted in August 2001 in agreement with the Federal Ministry of Finance, the Board of the Foundation further limited the exclusionary effect of the clause by determining that 'prisoners of war who have been taken to a concentration camp' are not excluded from benefits under the Statute 'because in this case special discrimination and mistreatment on account of the National Socialist ideology is relevant, and imprisonment in a concentration camp cannot be regarded as a general wartime fate (. . .)'."[292]

265. Against this background, an expert opinion (by C. Tomuschat) concerning the issue of the entitlement of "Italian military internees" to reparation under the Foundation Law[293] cannot pass unnoticed here. Such expert opinion advised the German Government that, although Germany treated persons that were to be given the status of prisoners of war (POWs) as forced labourers, their status was actually that of prisoners of war. In the words of the expert opinion, the "Italian military internees" "possessed, up until their final liberation after the end of the Second World War, POW status in accordance with the rules of international law, although the German Reich massively infringed this status. Accordingly, the exclusion clause [Article 11 (3) of the Foundation Law] can in principle be applied to them"[294].

266. Thus, the expert opinion prioritized the military internees' *de jure* status — a status (with all the rights attached to it) which was in fact denied to them — over their *de facto* treatment. On the basis of the advice provided by the aforementioned expert opinion, many victims fell under the exception of Section 11 (3) of the Foundation Law *(supra)* and were thus excluded from that reparation scheme. Against this background, Italy submits that, since the year 2000, "thousands of [Italian military internees] and Italian civilians subjected to forced labour had lodged requests for compensation" on the basis of the Foundation Law and those requests "were almost all rejected". It adds that

> "[i]n 2003, German administrative courts had dismissed the lawsuits filed by a certain number of [Italian military internees]. With the sole exception of the *Ferrini* case, all the claims submitted before Italian

[292] *Op. cit. supra* note 290, p. 246.

[293] Counter-Memorial of Italy, Annex 8.

[294] The expert opinion concluded, however, that a different assessment should be given concerning "Italian military internees", who, in addition to the violation of their prisoner of war status, suffered measures of racist persecution.

> prisonniers de guerre comme travailleurs. Toutefois, les personnes libérées comme prisonniers de guerre et transformées en «travailleurs civils» *(Zivilarbeiter)* peuvent avoir droit à indemnisation en vertu de la [loi portant création de la fondation] si les autres conditions sont réunies.»
>
> Toutefois, dans des «directives» adoptées en août 2001 en accord avec le ministère fédéral des finances, le conseil d'administration de la fondation a encore limité l'effet d'exclusion de cette clause en décidant que «les prisonniers de guerre qui ont été internés dans un camp de concentration» ne sont pas exclus du bénéfice de la loi «parce que dans un tel cas la discrimination et les mauvais traitements particuliers subis en raison de l'idéologie nationale-socialiste sont pertinents, et que l'emprisonnement dans un camp de concentration ne peut être considéré comme un sort habituel en temps de guerre».»[292]

265. Dans ce contexte, l'avis d'un spécialiste (C. Tomuschat) concernant la question du droit à réparation des «internés militaires italiens» au regard de la loi portant création de la fondation[293] doit être cité ici. Selon cet avis adressé au Gouvernement allemand, bien que l'Allemagne ait traité les personnes devant recevoir le statut de prisonniers de guerre comme les travailleurs forcés, elles avaient effectivement le statut de prisonniers de guerre. Selon l'avis, les «internés militaires italiens» «possédaient, jusqu'à leur libération finale à la fin de la seconde guerre mondiale, le statut de prisonniers de guerre en application des règles du droit international, bien que le Reich allemand ait massivement contrevenu à ce statut. En conséquence, la clause d'exclusion [article 11, paragraphe 3, de la loi portant création de la fondation] peut en principe leur être appliquée»[294].

266. Ainsi, cet avis juridique a donné la priorité au statut *de jure* des internés militaires, statut (avec tous les droits qui s'y attachent) qui leur a en fait été dénié, sur leur traitement *de facto*. Au regard de cet avis juridique, de nombreuses victimes relevaient de l'exception prévue au paragraphe 3 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation *(supra)* et furent donc exclues du régime de réparation. Dans ce contexte, l'Italie fait valoir que depuis 2000 «des milliers d'[internés militaires italiens] et de civils italiens ayant été soumis au travail forcé avaient présenté des demandes d'indemnisation» en vertu de la loi portant création de la fondation et que «la quasi-totalité de ces demandes avaient été rejetées». Elle ajoute que,

> «[e]n 2003, les juridictions administratives allemandes rejetèrent les recours formés par un certain nombre d'[internés militaires italiens]. A la seule exception de l'affaire *Ferrini*, toutes les actions devant les

---

[292] *Op. cit. supra* note 290, p. 246.

[293] Contre-mémoire de l'Italie, annexe 8.

[294] Cet avis concluait toutefois qu'il fallait évaluer différemment la situation des «internés militaires italiens» qui, outre qu'il avait été porté atteinte à leur statut de prisonniers de guerre, subirent des mesures de persécution raciste.

courts were filed starting from 2004. At that time it was already evident that Italian forced labourers had no possibility of obtaining redress from German authorities."[295]

267. In my understanding, it is regrettable that the "Italian military internees" were actually precluded from obtaining reparation on the basis of a status which they were *de facto* denied. This was precisely one of the many violations committed by Nazi Germany against those persons: the denial of their right, under international law, to be treated as prisoners of war. Relying on this violation to commit yet another violation — the denial of reparation — amounts to, as Italy puts it, "a Kafkaesque black hole of law"[296], and amounts to a double injustice[297].

4. Assessment of the Submissions of the Contending Parties

268. May I now turn to the arguments of the contending Parties concerning the issue of the reparations due to the victims referred to by Italy, put forward by them in the written and oral phases of the proceedings before the Court in the present case. The materials and submissions of Germany do not generally address which specific victims have in fact received reparation. While Germany does not provide a full account of the reparations it paid after 1945 by stating that "[t]his is not the place to provide a complete balance sheet of all the reparations which the Allied Powers received from Germany after 1945", it nevertheless argues that, under the two 1961 Agreements between Germany and Italy, "considerable payments were made to Italy"[298]; it adds that it made payments to Italy "on grounds of equity", despite the waiver clause of the Peace Treaty[299].

269. The more telling submission of Germany is when it clearly admits that the "Italian military internees" have not received reparation on the basis of an interpretation given of the Foundation Law:

---

[295] Counter-Memorial of Italy, para. 2.43. The assertion that Italian military internees have not received reparation for their forced labour is also found in expert writing; cf. R. Buxbaum, "German Reparations after the Second World War", 6 *African-American Law and Policy Report* (2004), p. 39.

[296] CR 2011/18, p. 33, para. 28.

[297] It has been pointed out, in this connection, that "[t]he Italians were not prisoners of war who happened also to be subjected to forced labour. Instead, the exploitation of their labour force was the principal reason for their continued detention in Germany" (B. Fassbender, "Compensation for Forced Labour in World War II . . .", *op. cit. supra* note 290, p. 251). Furthermore, "the living conditions of the Italians were worse than those of the Western Allied soldiers captured by Germany. In particular, Italian detainees suffered from poor nourishment." In a third period, between August 1944 and the end of the war, the detained Italian soldiers were given the status of "civilian workers" (*Zivilarbeiter*) in order to "exploit their manpower in a more efficient way" (*ibid.*, p. 244, note 2).

[298] Reply of Germany, paras. 30-33.

[299] *Ibid.*, para. 33.

juridictions italiennes ont été introduites après 2004. A cette époque, il était déjà évident que les travailleurs forcés italiens n'avaient pas la possibilité d'obtenir une indemnisation de la part des autorités allemandes.»[295]

267. Selon moi, il est regrettable que les «internés militaires italiens» aient été effectivement exclus du bénéfice des réparations sur la base d'un statut qui en fait leur avait été dénié. Il s'agit là précisément d'une des nombreuses violations commises par l'Allemagne nazie contre ces personnes: le déni de leur droit, en droit international, d'être traitées comme des prisonniers de guerre. Invoquer cette violation pour en commettre une autre, le déni de réparation, aboutit, comme le dit l'Italie, à «un vide juridique kafkaïen»[296], de même qu'à une double injustice[297].

4. Evaluation des conclusions des Parties

268. Je vais maintenant me pencher sur les arguments des Parties concernant la question des réparations dues aux victimes mentionnées par l'Italie, tels qu'elles les ont présentés lors des procédures écrite et orale dans la présente affaire. Les pièces et conclusions de l'Allemagne n'indiquent pas généralement quelles victimes précises ont en fait bénéficié de réparations. Si l'Allemagne ne rend pas pleinement compte des réparations qu'elle a versées après 1945 en déclarant qu'«[i]l n'y a[vait] pas lieu de dresser ici un bilan complet de l'ensemble des réparations que les Puissances alliées ont reçues de l'Allemagne après 1945», elle fait néanmoins valoir que, dans le cadre des deux accords conclus par l'Allemagne et l'Italie en 1961, «des sommes considérables ont été versées à l'Italie»[298]; elle ajoute qu'elle a indemnisé l'Italie «pour des raisons d'équité», malgré la clause de renonciation que contenait le traité de paix[299].

269. L'observation la plus révélatrice de l'Allemagne est celle où elle admet clairement que les «internés militaires italiens» n'ont pas reçu de réparations en raison de l'interprétation donnée à la loi portant création de la fondation:

---

[295] Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.43. Des articles de doctrine attestent également que les internés militaires italiens n'avaient pas reçu de réparations pour leur travail forcé; voir R. Buxbaum, «German Reparations after the Second World War», *African-American Law and Policy Report*, vol. 6 (2004) p. 39.

[296] CR 2011/18, p. 33, par. 28.

[297] On a fait observer à cet égard que «[l]es Italiens n'étaient pas des prisonniers de guerre qui se trouvèrent également astreints à un travail forcé. En effet, l'exploitation de leur travail forcé était la principale raison de leur maintien en détention en Allemagne» (B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II...», *op. cit. supra* note 290, p. 251). De plus, «les conditions de vie des Italiens étaient pires que celles des soldats alliés occidentaux capturés par l'Allemagne. En particulier, les détenus italiens étaient mal nourris.» Durant une troisième période, entre août 1944 et la fin de la guerre, on conféra aux soldats italiens détenus le statut de «travailleurs civils» (*Zivilarbeiter*) afin de pouvoir «exploiter leur force de travail de manière plus efficace» (*ibid.*, p. 244 (note 2)).

[298] Réplique de l'Allemagne, par. 30-33.

[299] *Ibid.*, par. 33.

> "It is only after the adoption of the 2000 German law on the 'Remembrance, Responsibility and Future' Foundation that Italy made representations to Germany on account of *the exclusion of the Italian military internees ('IMIs') from the scope* ratione personae *of that law. As prisoners of war, this group of persons was not taken into account for the purposes of that belated reparation scheme.*"[300]

270. For its part, in its written submissions, Italy notes that "[a] very large number of victims remained uncovered" by the two 1961 Agreements between Germany and Italy and "has never received appropriate reparation"[301]. While Italy recognizes that Germany has adopted and implemented, over the past decades, a number of measures in order to address the reparation claims from victims of war atrocities, and notes that two important pieces of legislation (the Federal Compensation Law of 1953 and the Foundation Law of 2 August 2000) were adopted, it adds that, nevertheless, neither provided an effective legal avenue for Italian victims to obtain reparation[302]. In this regard, Italy argues that under the 1953 federal compensation law, foreign nationals were generally excluded from compensation, and that, with regard to the Foundation Law:

> "while more than 130,000 Italian forced labourers lodged requests for compensation under the law of 2 August 2000, the great majority of such requests (more than 127,000) were rejected because of the unduly strict requirements for compensation set under that law"[303].

271. Italy also claims that

> "the measures adopted so far by Germany (both under the relevant agreements as well as in unilateral acts) have proved insufficient, in particular because such measures did not cover several categories of victims such as the Italian military internees and the victims of massacres perpetrated by German forces during the last months of the Second World War."[304]

For its part, Germany does not make reference to specific victims, and, instead, only argues generally that "reparations were made" through "a comprehensive scheme for all countries concerned and covering all war damages"[305].

272. Germany also recalls the lump-sum payments made to Italy and Greece, and claims that "[r]oughly 3,400 Italian civilians were com-

[300] Reply of Germany, para. 13 (emphasis added).
[301] Counter-Memorial of Italy, para. 2.18.
[302] *Ibid.*, paras. 2.20-2.21.
[303] *Ibid.*, para. 2.21.
[304] *Ibid.*, para. 7.9.
[305] CR 2011/20, pp. 11-12.

> « Ce n'est qu'après que l'Allemagne a adopté la loi de 2000 sur la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » que l'Italie a fait des représentations auprès de celle-ci au sujet de *l'exclusion des internés militaires italiens de la portée* ratione personae *de cette loi. En tant que prisonniers de guerre, les membres de ce groupe n'avaient pas été pris en compte dans ce régime de réparation mis en place tardivement.* »[300]

270. Pour sa part, dans ses écritures, l'Italie relève qu'« [u]n très grand nombre de victimes n'étaient pas visées et n'ont jamais été dûment indemnisées »[301]. Si l'Italie reconnaît que l'Allemagne a adopté et mis en œuvre au cours des dernières décennies diverses mesures en réponse aux demandes de réparations des victimes d'atrocités de guerre, et relève que deux lois importantes (la loi fédérale d'indemnisation de 1953 et la loi portant création de la fondation du 2 août 2000) ont été adoptées, elle ajoute qu'aucune de ces deux lois ne pouvait constituer une voie de droit effective permettant aux victimes italiennes d'obtenir réparation[302]. A cet égard, l'Italie fait valoir que, dans le cadre de la loi fédérale d'indemnisation de 1953, les étrangers étaient généralement exclus du bénéfice d'une indemnisation et que, en ce qui concerne la loi portant création de la fondation,

> « même si plus de 130 000 travailleurs forcés italiens présentèrent des demandes d'indemnisation au titre de la loi du 2 août 2000, la grande majorité de ces demandes (plus de 127 000) furent rejetées à cause des critères indûment restrictifs prévus par ce texte pour bénéficier de l'indemnisation »[303].

271. L'Italie affirme également que

> « les mesures adoptées jusqu'à présent par l'Allemagne (en vertu aussi bien d'accords pertinents que d'actes unilatéraux) se sont révélées insuffisantes, en particulier parce que plusieurs catégories de victimes, parmi lesquelles les internés militaires italiens et les victimes des massacres perpétrés par les forces allemandes pendant les derniers mois de la guerre, n'en ont pas bénéficié. »[304]

L'Allemagne pour sa part ne mentionne pas de victimes spécifiques et se contente de faire valoir de manière générale que des réparations furent versées dans le cadre d'« un régime global bénéficiant à tous les pays concernés et couvrant l'ensemble des dommages de guerre »[305].

272. L'Allemagne rappelle également les montants forfaitaires versés à l'Italie et à la Grèce, et affirme qu'« [e]nviron 3 400 civils italiens ont

[300] Réplique de l'Allemagne, par. 13 (les italiques sont de moi).
[301] Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.18.
[302] *Ibid.*, par. 2.20-2.21.
[303] *Ibid.*, par. 2.21.
[304] *Ibid.*, par. 7.9.
[305] CR 2011/20, p. 11-12.

pensated for their forced labour by the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation, and that "roughly 1,000 Italian military internees were awarded compensation for forced labour under the Foundation scheme"[306]. As to this latter group of victims, Germany argues that it "decided to make *ex gratia* payments to former forced labourers in the year 2000", but then admits that "prisoners of war were not included in this specific scheme"; only "those military internees who had also been subjected to racial and/or ideological persecution were entitled to payments"[307].

273. It ensues, from the aforementioned submissions, that not all "Italian military internees" were provided reparations, but only those who had also been victims of "racial and/or ideological persecution"[308]. Italy retorts to this argument of Germany by arguing that the issue underlying the present dispute does not concern those latter victims, but rather hinges upon the "obligation to make reparation for war crimes committed against several thousands of Italian victims that *have not received any reparation, as indirectly admitted by Germany*"[309]. Italy thus concludes that "there is plain and unrestricted recognition of the fact that the rest of the victims — in other words, those who were not victims of persecution, and these represent the vast majority — remained totally unsatisfied"[310].

274. As already pointed out, at the end of the oral hearings before the Court of 16 September 2011, one of the questions I put to the contending Parties aimed at clarifying this particular factual issue: I then asked whether "the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation", and, if they have not received reparation, whether "they are entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings"[311]. The responses of the contending Parties to this question served to clarify their respective positions on the matter at issue.

275. Germany, for its part, seemed to evade the question by referring to the Court's Order of 6 July 2010 (counter-claim) and by arguing that "the question of whether reparations related to World War II are still due or not is not the subject-matter of the proceedings before the Court"[312]. It also affirmed that the reparation scheme for the Sec-

[306] CR 2011/20, pp. 12-13.
[307] *Ibid.*, p. 13, para. 10.
[308] To whom Italy has already recognized that reparations were made, cf. CR 2011/21, p. 25, para. 33.
[309] *Ibid.*
[310] *Ibid.*, p. 26, para. 35.
[311] *Ibid.*, p. 54.
[312] Written Response of Germany to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 3.

été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour [leur] travail forcé» et que «quelque 1 000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation»[306]. Quant à ce dernier groupe de victimes, l'Allemagne fait valoir qu'elle a décidé, «en 2000, de verser aux anciens travailleurs forcés une indemnisation *ex gratia*», mais admet ensuite que «les prisonniers de guerre ne bénéficiaient pas de ce régime particulier»; seuls «les internés militaires qui avaient également subi une persécution raciale ou idéologique avaient droit à des indemnités»[307].

273. Il ressort des écritures susvisées que tous les «internés militaires italiens» n'ont pas reçu de réparations, mais seulement ceux qui avaient aussi été victimes d'«une persécution raciale ou idéologique»[308]. L'Italie répond à cet argument allemand que la question qui sous-tend le présent différend ne concerne pas ces dernières victimes mais bien l'«obligation d'accorder réparation à plusieurs milliers d'Italiens victimes de crimes de guerre qui *n'ont reçu de réparation sous aucune forme que ce soit, ce que l'Allemagne a indirectement reconnu*»[309]. L'Italie conclut ainsi que «l'Allemagne a donc reconnu de manière claire et sans réserve que le reste des victimes — autrement dit, pas les victimes de persécutions mais toutes les autres, qui représentent une large majorité — n'avaient nullement obtenu satisfaction»[310].

274. Comme je l'ai déjà souligné, à la fin de l'audience de la Cour du 16 septembre 2011, l'une des questions que j'ai posées aux Parties visait à clarifier ce point de fait particulier: j'ai demandé si «les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement [avaient] ... effectivement été indemnisées» et, si tel n'était pas le cas, si «elles [avaient] droit à une telle réparation et comment elles [pouvaient] être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne»[311]. Les réponses des Parties à cette question ont contribué à clarifier leurs positions respectives en la matière.

275. L'Allemagne pour sa part a semblé éluder la question en se référant à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle) en affirmant que «la question de savoir si des réparations à raison d'actes commis pendant la seconde guerre mondiale étaient toujours dues ne constituait pas l'objet du présent différend porté devant la Cour»[312].

---

[306] CR 2011/20, p. 12-13.

[307] *Ibid.*, p. 13, par. 10.

[308] Auxquels l'Italie a déjà reconnu que des réparations ont été accordées, voir CR 2011/21, p. 25, par. 33.

[309] *Ibid.*

[310] *Ibid.*, p. 26, par. 35.

[311] *Ibid.*, p. 54.

[312] Réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 3.

ond World War was a classic inter-State and comprehensive[313] regime, and further argued that those victims who consider to have a claim against Germany can institute proceedings in German courts[314]. Germany thus shed no light into the factual question of whether or not those specific victims have received reparations; it appeared to evade this question by relying, somewhat equivocally, on the Court's Order of 6 July 2010 (counter-claim).

276. Italy, for its part, provided a clear answer to this specific question, in affirming unambiguously that "[n]one of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation"[315]. It added that some categories of victims were never able to claim compensation because no mechanism was put in place while others have been trying to obtain compensation for a decade without any success. Italy further argues that there is strong reluctance on Germany's part to conclude an agreement aimed at making reparation to these categories of victims. It also claimed that the question of reparation for the Italian military internees was addressed by the Italian Ambassador in Berlin during discussions on the possibility of compensation by the Foundation[316].

277. Italy also submitted that, at the moment, there is no other alternative than national proceedings for these categories of victims to receive reparation. Italy argued that had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation[317]. In its comments on Germany's written reply to my question, Italy further claimed that Germany's arguments make it clear that no reparation has been made to numerous Italian victims of war crimes, as its refusal to make reparation was grounded on the argument that it had been relieved of the obligation to make reparation on the basis of the waiver clause of Article 77 of the 1947 Peace Treaty[318]. Germany

---

[313] Italy takes issue with Germany's statement that the reparation regime set up for the Second World War was "comprehensive". Italy argues that Germany itself, both in its written and oral submissions, admitted that reparations made in relation to Italian victims of war crimes were only "partial". Italy further contends that the 1961 Agreement only provided for reparations for victims of persecution. Thus, Italy submits that the characterization of the reparation scheme as "comprehensive" cannot be accurate, in particular concerning Italian victims of war crimes. Comments of Italy on Germany's Written Reply to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011, pp. 1-2.

[314] Written Response of Germany to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 3.

[315] Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9.

[316] *Op. cit. supra* note 315, pp. 9-10.

[317] *Ibid.*

[318] Comments of Italy on Germany's Written Reply to the Question Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 2.

Elle a aussi fait valoir que le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était un régime de réparation interétatique classique et global[313], et ajouté que les victimes qui s'estimaient fondées à le faire pouvaient intenter une action contre l'Allemagne devant les tribunaux allemands[314]. L'Allemagne ne répond donc aucunement à la question factuelle de savoir si ces victimes spécifiques ont été indemnisées; elle semble éluder cette question en invoquant, de manière quelque peu équivoque, l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle).

276. L'Italie pour sa part a répondu clairement à cette question précise en affirmant sans ambiguïté qu'«[a]ucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires qui sont à l'origine du présent différend n'a reçu d'indemnisation»[315]. Elle ajoute que certaines de ces victimes n'ont jamais eu la possibilité de demander réparation parce qu'aucun mécanisme n'a été mis en place alors que d'autres tentaient en vain depuis presque une décennie d'obtenir réparation. L'Italie fait valoir en outre que les autorités allemandes semblent très réticentes à conclure un accord en vue d'indemniser ces catégories de victimes. Elle affirme également que la question de l'indemnisation des internés militaires italiens a été évoquée par l'ambassadeur d'Italie à Berlin lors de pourparlers relatifs à une éventuelle indemnisation par la fondation[316].

277. L'Italie fait également valoir que, pour l'instant, il n'y a d'autres recours pour ces catégories de victimes que les recours internes et que, si ses tribunaux internes n'avaient pas refusé l'immunité, les victimes de crimes de guerre n'auraient disposé d'aucun autre recours pour obtenir réparation[317]. Dans ses observations sur la réponse écrite de l'Allemagne à ma question, l'Italie affirme en outre que les arguments de l'Allemagne démontrent clairement que de nombreuses victimes italiennes de crimes de guerre n'ont eu droit à aucune réparation, puisque l'Allemagne justifie son refus de les indemniser en soutenant que la clause de renonciation contenue dans l'article 77 du traité de paix de 1947 l'a exonérée de son obligation[318]. L'Alle-

[313] L'Italie conteste l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était «global». Elle fait valoir que l'Allemagne elle-même, tant dans ses écritures que dans ses plaidoiries, admet n'avoir indemnisé que «partiellement» les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle ajoute que l'accord de 1961 ne prévoyait que l'indemnisation des victimes de persécution. Elle estime donc que l'assertion selon laquelle le régime de réparation était «global» ne peut être tenue pour exacte, en particulier en ce qui concerne les victimes italiennes de crimes de guerre. Observations de l'Italie sur la réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 1-2.

[314] Réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 3.

[315] Réponse écrite de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 12.

[316] *Op. cit. supra* note 315, p. 12-13.

[317] *Ibid.*

[318] Observations de l'Italie sur la réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 2.

did not contest Italy's clear assertion that "[n]one of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation"[319]; in its comments to Italy's response to my question, Germany had an opportunity to rebut this statement and set the record straight. Yet, it remained silent to this strong statement[320], and this should not pass unnoticed.

278. As already indicated, the question of whether reparations have or have not been paid has to be assessed in light of the records before the Court; both Parties have been given ample opportunity to clarify this issue in their written and oral proceedings. They have further been requested by me to provide a clear answer to a simple factual question. Italy did so; Germany evaded this question, arguing that the issue of reparations is excluded from the present dispute by virtue of the Court's Order of 6 July 2010 (counter-claim). This is far from convincing; had it provided a clear answer to my question, it would have assisted the Court to clarify further this factual question. On the basis of the foregoing, it appears, from the materials submitted by the contending Parties, together with their submissions, that the specific victims referred to in Italy's recent case law have not in fact received reparation.

279. In conclusion on the matter at issue, the records before the Court show that Italy has repeatedly claimed in the present proceedings that none of the victims referred to in Italy's recent case law received reparation. This is its basic argument, on which its case rests. Germany had ample opportunity, in its written and oral submissions, as well as in its responses and further comments to the questions I put to both contending Parties *(supra)*, to rebut this argument. It did not provide evidence of reparation made to these specific victims, and, instead, limited its arguments to general references of payments, while admitting that "Italian military internees" were left outside the scope of the scheme of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation.

280. In sum, and as already indicated, on the basis of an expert opinion (by C. Tomuschat), Germany did not make reparation to Italian prisoners of war used as forced labourers ("Italian military internees") through the Foundation. It resorted to an appraisal which led to a treatment of those victims that incurs, in my understanding, into a double injustice to them: first, when they could have benefited from the rights attached to the status of prisoners of war, such status was denied to them; and secondly, now that they seek reparation for violations of international humanitarian law of which they were victims (including the viola-

[319] Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9.

[320] Comments of Germany on Italy's Written Reply to the Question Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011, pp. 1-2.

magne n'a pas contesté l'assertion claire de l'Italie selon laquelle «[a]ucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires qui sont à l'origine du présent différend n'a reçu d'indemnisation»[319] ; dans ses observations sur la réponse de l'Italie à ma question, l'Allemagne avait la possibilité de réfuter cette affirmation pour rétablir les faits. Or, elle est restée muette sur cette affirmation catégorique[320], et cela mérite de retenir l'attention.

278. Comme je l'ai déjà indiqué, la question de savoir si des réparations ont ou non été versées doit être évaluée à la lumière du dossier de la Cour ; de larges possibilités ont été données aux parties de clarifier cette question dans leurs écritures et leurs plaidoiries. Je les ai en outre priées de répondre clairement à une question factuelle simple. L'Italie l'a fait ; l'Allemagne a éludé la question, faisant valoir que la question des réparations était exclue du présent différend par l'effet de l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle). Cela est loin d'être convaincant ; si l'Allemagne avait répondu clairement à ma question, elle aurait aidé la Cour à clarifier encore cette question factuelle. Sur la base de ce qui précède, il ressort des pièces produites par les Parties et de leurs écritures que les victimes spécifiques visées dans la jurisprudence italienne récente n'ont pas en fait reçu de réparations.

279. Pour conclure sur cette question, le dossier de la Cour montre que l'Italie a affirmé à maintes reprises lors de la présente procédure qu'aucune des victimes visées dans la jurisprudence italienne récente n'avait reçu de réparations. Il s'agit là d'un argument fondamental, sur lequel repose la thèse de l'Italie. L'Allemagne a eu largement la possibilité, dans ses écritures et ses plaidoiries ainsi que dans ses réponses aux questions que j'ai posées aux Parties *(supra)*, de même que dans ses observations relatives à ces réponses, de réfuter cet argument. Elle n'a pas produit d'éléments attestant qu'une réparation avait été versée à ces victimes spécifiques et s'est contentée de références générales à des paiements, tout en admettant que les «internés militaires italiens» étaient exclus du régime de réparation de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir».

280. En résumé, comme je l'ai déjà indiqué, l'Allemagne, en se fondant sur l'avis d'un expert (C. Tomuschat), n'a pas accordé de réparations par l'intermédiaire de la fondation aux prisonniers de guerre italiens utilisés comme travailleurs forcés (les «internés militaires italiens»). Elle a recouru à une évaluation qui l'a amenée à traiter ces victimes d'une manière qui selon moi aboutit à une double injustice. Premièrement, quand ils auraient pu bénéficier des droits attachés au statut de prisonniers de guerre, ce statut leur a été dénié ; et deuxièmement, maintenant qu'ils demandent réparation pour les violations du droit international humanitaire dont ils ont été vic-

[319] Réponse écrite de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 12.

[320] Observations de l'Allemagne sur la réponse écrite de l'Italie à la question posée par M. le juge Cançado Trindade à l'audience publique tenue le 16 septembre 2011, p. 1-2.

tion of denying them the status of prisoners of war), they are seen to be treated as prisoners of war.

281. It is regrettably too late to consider them prisoners of war (and, worse still, to deny them reparation): they should be so considered during the Second World War and in its immediate aftermath (for the purpose of protection), but they were not. These are the uncontested and the distressing facts. On the basis of the foregoing, it can thus at last be concluded, on the basis of the records before the Court, that many victims of Nazi Germany's grave violations of human rights and of international humanitarian law have in fact been left without reparation.

XXV. The Imperative of Providing Reparation to Individual Victims of Grave Violations of Human Rights and of International Humanitarian Law

1. The Realization of Justice as a Form of Reparation

282. In my understanding, it is imperative that reparation is provided to the individual victims of the grave violations of human rights and of international humanitarian law at issue in the *cas d'espèce*. The individual victim's right to reparation is ineluctably linked to the grave violations of human rights and of international humanitarian law that they suffered. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, the contending claims of war reparations and State immunities could not at all have been dissociated, and certainly not at all in the way they were by the Court's Order of 6 July 2010, summarily dismissing the Italian counter-claim. That decision was taken by the Court (with my firm dissent), without a public hearing, and on the basis of two succinct paragraphs (28 and 29) containing, each of them, a *petitio principii*, simply begging the question[321].

283. Notwithstanding, as I have pointed out in the present dissenting opinion (paras. 18-23 *supra*), the contending Parties, Germany and Italy, kept on referring to the factual and historical background of the *cas d'espèce*, in advancing their opposite views on State immunities. This was not surprising, as claims of State immunities and war reparations, in the circumstances of the present case, go inevitably together, as the two faces of the same coin. This is one of the many lessons to be extracted from the present case. Its factual background confirms that, whenever a State sought to stand above the law, abuses were committed against human

[321] Cf. *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, I.C.J. Reports 2012 (I)*, separate opinion of Judge Cançado Trindade, p. 91, para. 111.

times (y compris la violation consistant à leur dénier le statut de prisonniers de guerre), ils se voient traités comme des prisonniers de guerre.

281. Il est malheureusement trop tard pour les considérer comme des prisonniers de guerre (et, pire encore, pour leur refuser réparation): ils auraient dû être considérés ainsi durant la seconde guerre mondiale et dans la période qui a immédiatement suivi (aux fins de protection), mais ils ne l'ont pas été. Tels sont les faits, incontestés et bouleversants. Sur la base de ce qui précède, on peut donc enfin conclure, à partir du dossier de la Cour, que de nombreuses victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie n'ont en fait pas été indemnisées.

XXV. L'impératif d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire

1. La réalisation de la justice en tant que forme de réparation

282. Selon moi, il est impératif d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en cause dans la présente espèce. Le droit à réparation de la victime individuelle est inéluctablement lié aux violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont elle a souffert. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, les invocations concurrentes du droit à des réparations de guerre et des immunités de l'Etat n'auraient pas du tout dû être dissociées, et assurément pas de la manière dont elles l'ont été par la Cour dans son ordonnance du 6 juillet 2010 rejetant sommairement la demande reconventionnelle italienne. Cette décision a été prise par la Cour (avec ma vigoureuse opinion dissidente) sans tenir d'audience publique sur le fondement de deux paragraphes succincts (28 et 29) contenant chacun une *petitio principii*, une simple pétition de principe[321].

283. Néanmoins, comme je l'ai souligné dans la présente opinion dissidente (par. 18-23 *supra*), les Parties, l'Allemagne et l'Italie, ont continué à évoquer le contexte factuel et historique de la présente affaire, formulant leurs arguments opposés sur les immunités de l'Etat. Ce n'est pas surprenant, car les demandes concernant les immunités de l'Etat et les réparations de guerre sont, dans les circonstances de la présente espèce, inévitablement liées comme les deux faces d'une même médaille. C'est l'une des nombreuses leçons à tirer de la présente affaire. Son contexte factuel confirme que, chaque fois qu'un Etat veut se placer au-dessus de la loi, des abus sont

[321] Voir *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 91, par. 111.

beings[322], including grave violations of human rights and of international humanitarian law.

284. The *rule of law (état de droit)* implies restrictions imposed upon the power of the State by the law, as no State stands above this latter; the rule of law seeks to preserve and guarantee certain fundamental values, in the line of natural law thinking. Whenever those values are forgotten, in the mounting of a State apparatus of oppression leading to systematic and grave violations of human rights and of international humanitarian law, law reacts. And the *realization of justice*, which takes place also to put an end to impunity, in my view constitutes by itself a relevant form of reparation (satisfaction) to the victims.

2. Reparation as the Reaction of Law to Grave Violations

285. It indeed resembles a reaction of the law to the extreme violence victimizing human beings. We enter here into the domain of *jus cogens* (cf. *infra*); law reacts to assert its primacy over brute force, to seek to regulate human relations according to the precepts of the *recta ratio* (of natural law), and to mitigate human suffering. Hence the imperative of having justice done, and of providing reparation to the victims. In his work *L'Ordinamento Giuridico* (originally published in 1918), the Italian jusphilosopher Santi Romano sustained that sanction is not circumscribed to specific legal norms, but is rather immanent to the juridical order as a whole, operating as an "effective guarantee" of all the subjective rights set forth therein[323]. In face of the acts of extreme violence victimizing human beings, violating fundamental rights inherent to them, the legal order (national and international) reacts, so as to secure the primacy of justice and to render viable the reparation (satisfaction) to the victims.

286. I had the occasion, one decade ago, to dwell upon this particular point, in the adjudication of a case in another international jurisdiction (the IACtHR). I then pointed out that the law, emanating ultimately from human conscience and moved on by this latter, comes to provide the *reparatio* (from the Latin term *reparare*, "to dispose again"); and law intervenes, moreover, to guarantee the non-repetition of the harmful acts[324]. The *reparatio* does not put an end to the human rights violations already perpetrated[325], but it at least avoids the aggravation of the harm already done (by the indifference of the social milieu, by impunity or by oblivion).

---

[322] E. Cassirer, *El Mito del Estado*, *op. cit. supra* note 191, pp. 311-319; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2nd ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 314-315.

[323] Santi Romano, *L'ordre juridique* (transl., 2nd ed.), Paris, Dalloz, 2002 (reed.), p. 16.

[324] IACtHR, case *Bulacio* v. *Argentina* (judgment of 18 September 2003), separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 35.

[325] Human capacity of both promoting the common good and to commit evil has not ceased to attract the attention of human thinking throughout the centuries; cf., e.g., F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, *op. cit. supra* note 253, pp. 5-412.

commis contre des êtres humains[322], notamment des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

284. L'*état de droit* implique des restrictions imposées au pouvoir de l'Etat par le droit, car aucun Etat n'est au-dessus de celui-ci; l'état de droit vise à préserver et garantir certaines valeurs fondamentales, conformément à la doctrine du droit naturel. Lorsque ces valeurs sont oubliées dans l'édification d'un appareil étatique d'oppression aboutissant à des violations systématiques et graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, le droit réagit. Et la *réalisation de la justice*, qui intervient aussi pour mettre un terme à l'impunité, constitue selon moi en elle-même une forme pertinente de réparation (satisfaction) au profit des victimes.

2. La réparation en tant que réaction du droit aux violations graves

285. Elle ressemble effectivement à une réaction du droit à la violence extrême s'abattant sur des êtres humains. Nous entrons ici dans le domaine du *jus cogens* (voir *infra*); le droit réagit pour affirmer sa primauté sur la force brutale, pour essayer de réguler les relations humaines selon les préceptes de la *recta ratio* (du droit naturel) et pour atténuer les souffrances humaines. D'où l'impératif que justice soit faite et d'accorder une réparation aux victimes. Dans son ouvrage *L'Ordinamento Giuridico* (initialement publié en 1918), le philosophe du droit italien Santi Romano soutenait que la sanction n'était pas circonscrite à des formes juridiques spécifiques mais était immanente à l'ordre juridique dans son ensemble, opérant comme une «garantie effective» de tous les droits subjectifs existant dans cet ordre[323]. Face à des actes d'une violence extrême dont sont victimes des êtres humains, et qui violent les droits fondamentaux qui leur sont inhérents, l'ordre juridique (national et international) réagit afin d'assurer la primauté de la justice et de permettre la réparation (satisfaction) au bénéfice des victimes.

286. J'ai eu l'occasion, il y a une décennie, de me pencher sur ce point particulier lors du jugement d'une affaire par une autre juridiction internationale (la CIADH). J'ai fait observer à cette occasion que le droit, qui émane en dernière analyse de la conscience humaine qui le fait évoluer, est là pour accorder la *reparatio* (du latin *reparare*, «préparer de nouveau»); et le droit intervient en outre pour garantir la non-répétition des actes dommageables[324]. La *reparatio* ne met pas fin aux violations des droits de l'homme déjà commises[325], mais au moins elle évite l'aggravation (par l'indifférence du milieu social, par l'impunité ou par l'oubli) du mal déjà fait.

---

[322] E. Cassirer, *El Mito del Estado*, *op. cit. supra* note !91, p. 311-319; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2e éd., Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 314-315.

[323] Santi Romano, *L'ordre juridique* (trad., 2e éd.), Paris, Dalloz, 2002 (rééd.), p. 16.

[324] CIADH, affaire *Bulacio c. Argentine*, arrêt du 18 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 35.

[325] La capacité de l'homme de promouvoir le bien commun comme de commettre le mal n'a pas cessé d'attirer l'attention des penseurs tout au long des siècles; voir par exemple F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, p. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, *op. cit. supra* note 253, p. 5-412.

287. Under this outlook, the *reparatio* is endowed, in my understanding, with a double meaning, as I stated on that occasion, namely:

> "it provides satisfaction (as a form of reparation) to the victims, or their relatives, whose rights have been violated, at the same time that it re-establishes the legal order broken by such violations — a legal order erected on the full respect for the rights inherent to the human person. The legal order, thus re-established, requires the guarantee of non-repetition of the harmful acts (. . .).
>
> The *reparatio* disposes again, reorganizes the life of the victimized survivors, but it does not manage to eliminate the pain which is already ineluctably incorporated to their day-to-day existence. The loss is, from this angle, rigorously irreparable. Yet, the *reparatio* is an inescapable duty of those who have the responsibility to impart justice. In a stage of greater development of human conscience, and thus of law itself, it is beyond doubt that the realization of justice overcomes every and any obstacle, including those ensuing from the abusive exercise of rules or institutes of positive law, thus rendering *imprescriptible* the grave breaches of human rights (. . .). The *reparatio* is a reaction, at the level of the law, to human cruelty, manifested in the most diverse forms: the violence in the treatment of fellow human beings *semejantes*, the impunity of those responsible on the part of the public power, the indifference and oblivion of the social milieu.
>
> This reaction of the broken legal order (the *substratum* of which is precisely the observance of human rights) is moved, ultimately, by the spirit of human solidarity (. . .). The reparation, thus understood, encompassing, in the framework of the realization of justice, the satisfaction to the victims (or their relatives) and the guarantee of non-repetition of the harmful acts, (. . .) is endowed with undeniable importance. The rejection of the indifference and oblivion, and the guarantee of non-repetition of the violations, are manifestations of the links of solidarity between those victimized and those who can be so, in the violent world, devoid of values, wherein we live. This is, ultimately, an eloquent expression of the links of solidarity that unite the living to their dead[326]. (. . .)"[327]

XXVI. The Primacy of *Jus Cogens*: A Rebuttal of Its Deconstruction

288. This leads me to my last line of considerations. In the present dissenting opinion, I have already expressed my firm opposition to the pos-

[326] On these links of solidarity, cf. my separate opinions in the case *Bámaca Velásquez* v. *Guatemala* (judgments of the IACtHR on the merits, of 25 November 2000, and on reparations, of 22 February 2002).

[327] IACtHR, case *Bulacio* v. *Argentina* (judgment of 18 September 2003), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 36 and 38-40.

287. Dans cette perspective, la *reparatio* revêt selon moi une double signification que j'ai définie en cette occasion:

> «elle donne satisfaction (comme forme de réparation) aux victimes, ou aux membres de leur famille, dont les droits ont été violés, et dans le même temps rétablit l'ordre juridique rompu par ces violations, un ordre juridique édifié dans le respect intégral des droits inhérents à la personne humaine. L'ordre juridique, ainsi rétabli, exige la garantie de la non-répétition des actes dommageables...
>
> La *reparatio* redispose, réorganise la vie des survivants victimisés, mais elle ne réussit pas à éliminer la souffrance qui a déjà été inévitablement incorporée à leur existence quotidienne. La perte est, de ce point de vue, rigoureusement irréparable. Pourtant, la *reparatio* constitue une obligation à laquelle ceux qui ont la responsabilité de faire justice ne peuvent se soustraire. A un stade avancé du développement de la conscience humaine, et donc du droit lui-même, il n'est pas douteux que la réalisation de la justice surmonte tous les obstacles, y compris ceux qui découlent de l'invocation abusive de règles ou institutions du droit positif, rendant ainsi *imprescriptibles* les violations graves des droits de l'homme... La *reparatio* est une réaction, au niveau du droit, à la cruauté humaine, qui se manifeste sous les formes les plus diverses: la violence dans le traitement d'êtres humains *semejantes*, l'impunité dont bénéficient les responsables de la part des pouvoirs publics, l'indifférence et l'oubli du milieu social.
>
> Cette réaction de l'ordre juridique rompu (dont le *substratum* est précisément le respect des droits de l'homme) est suscitée, en dernière analyse, par l'esprit de solidarité humaine... La réparation, ainsi comprise, qui inclut, dans le cadre de la réalisation de la justice, la satisfaction accordée aux victimes (ou aux membres de leur famille) et la garantie de non-répétition des actes dommageables ... revêt une importance indéniable. Le rejet de l'indifférence et de l'oubli, et la garantie de la non-répétition des violations, sont des manifestations des liens de solidarité entre ceux qui ont été victimisés et ceux qui peuvent l'être, dans le monde violent, dépourvu de valeurs, dans lequel nous vivons. Cela constitue en dernière analyse une expression éloquente des liens de solidarité qui unissent les vivants à leurs morts[326]...» [327]

XXVI. LA PRIMAUTÉ DU *JUS COGENS*: UNE RÉFUTATION DE SA DÉCONSTRUCTION

288. Cela m'amène à ma dernière série de considérations. Dans la présente opinion dissidente, j'ai déjà exprimé ma ferme opposition à la pos-

[326] Sur ces liens de solidarité, voir mes opinions individuelles dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêts de la CIADH sur le fond du 25 novembre 2000 et sur les réparations du 22 février 2002.

[327] CIADH, affaire *Bulacio c. Argentine*, arrêt du 18 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 36 et 38-40.

ture of stagnation in respect of *jus cogens* whenever claims of State immunity are at stake (paras. 224-227 *supra*). In fact, in this and other respects (methodology, approach adopted and pursued, reasoning, conclusions), there seems to be an abyss separating my own position from that of the Court's majority in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. In laying the foundations of my own personal position on the issues dealt with in the present Judgment, may I now concentrate my dissenting opinion, at last, on one point which is particularly dear to me: the consolidation and primacy of *jus cogens* in international law. In effect, without the primacy of *jus cogens*, international law would have a grim future. I could not accept that, as all hope for a better future would then vanish.

289. I am a surviving Judge from the painful international adjudication of a cycle of cases of massacres that recently reached a contemporary international tribunal, the IACtHR, during which I was in contact with the most somber side of human nature. Now that those cases have been decided, and belong to the history of contemporary international law (and in particular the international law of human rights), I have organized my memories of that experience[328], so that present and future generations of scholars of the law of nations *(droit des gens)* may perhaps benefit from the lessons I have extracted therefrom. It is not my intention to recollect those lessons in the present dissenting opinion, but only and briefly to refer to them and to point out that, in my view, one cannot approach cases of the kind involving grave breaches of human rights and of international humanitarian law — without close attention to *fundamental human values*. Unlike what legal positivism assumes, law and ethics go ineluctably together, and this should be kept in mind for the faithful realization of justice, at national and international levels.

290. The invocation of "elementary considerations of humanity"[329] cannot be rhetorical, failing to guard coherence in not anticipating nor addressing the consequences of the application of those considerations in practice. Moreover, one should not pursue a very restrictive view of *opinio juris*[330], reducing it to the subjective component of custom and distancing it from the general principles of law, up to a point of not taking account of it at all[331]. In the present case, the "acts committed on the

[328] A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *op. cit. supra* note 256, pp. 1-340; and cf. also A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10 November 2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A. A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010), pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

[329] Cf. Judgment, para. 52.

[330] Cf. *ibid.*, para. 55.

[331] Cf. *ibid.*, para. 78.

ture de stagnation adoptée en ce qui concerne le *jus cogens* chaque fois que l'immunité de l'Etat est invoquée (par. 224-227 *supra*). En fait, à cet égard comme à d'autres (méthodologie, approche adoptée et suivie, raisonnement et conclusions), il semble y avoir un abîme entre ma propre position et celle de la majorité de la Cour dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. J'ai exposé les fondements de ma position personnelle sur les questions envisagées dans le présent arrêt, mais je souhaiterais maintenant axer mon opinion dissidente, enfin, sur un point qui m'est particulièrement cher: la consolidation et la primauté du *jus cogens* en droit international. En effet, sans la primauté du *jus cogens*, l'avenir du droit international serait bien sombre. Je ne pourrais l'accepter, car alors tout espoir d'un avenir meilleur disparaîtrait.

289. Je suis un juge survivant de l'exercice douloureux de la fonction judiciaire internationale dans une série d'affaires de massacres récemment portées devant une juridiction internationale contemporaine, la CIDH, qui ont pour moi été l'occasion d'être en contact avec la part la plus sombre de la nature humaine. Maintenant que ces affaires ont été tranchées et appartiennent à l'histoire du droit international contemporain (et en particulier du droit international des droits de l'homme), j'ai organisé mes souvenirs de cette expérience[328], afin que les générations présentes et futures de publicistes (les spécialistes du droit des gens) puissent peut-être bénéficier des enseignements que j'en ai tirés. Je n'ai pas l'intention de rappeler ces enseignements dans la présente opinion dissidente, mais seulement de m'y référer brièvement pour faire observer que, selon moi, on ne peut envisager des affaires concernant des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sans accorder l'attention qu'elles méritent aux *valeurs fondamentales de l'humanité*. Contrairement à ce que suppose le positivisme juridique, le droit et l'éthique sont indissolublement liés, et il ne faut pas l'oublier pour réaliser fidèlement la justice aux niveaux national et international.

290. L'invocation des «considérations élémentaires d'humanité»[329] ne peut être que rhétorique, et manquer de cohérence en n'anticipant et n'envisageant pas les conséquences de l'application de ces considérations en pratique. De plus, il ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*[330], en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit au point de n'en pas du tout tenir compte[331]. Dans la présente espèce, «les actes commis, sur le territoire de

[328] A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *op. cit. supra* note 256, p. 1-340; voir aussi A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (allocution inaugurale du 10 novembre 2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, p. 1-71; A. A. Cançado Trindade, «Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70 (2010), p. 629-699, en particulier p. 695-699.

[329] Voir arrêt, par. 52.

[330] Voir *ibid.*, par. 55.

[331] Voir *ibid.*, par. 78.

territory of the forum State by the armed forces of a foreign State"[332] (as the Court depicts them), are "acts" the illegality of which has been recognized by the responsible State itself, Germany, "at all stages of the proceedings"[333] of the present case. They are not *acta jure imperii*[334], as the Court repeatedly characterizes them; they are unlawful acts, *delicta imperii*, atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them. The traditional distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, as I have already indicated, is immaterial here, in a case of the gravity of the present one.

291. The principle of the sovereign equality of States is indeed a fundamental principle applicable at the level of *inter*-State relations[335]: had it been duly observed, those atrocities or international crimes would not have occurred in the way and at the time they did (in 1943-1945). In any case, that principle is not the *punctum pruriens* here, as we are concerned in the *cas d'espèce* with atrocities or international crimes committed at *intra*-State level. The central principles at issue here are, in my perception, the principle of humanity and the principle of human dignity. State immunity cannot, in my view, be unduly placed[336] above State responsibility for international crimes and its ineluctable complement, the responsible State's duty of reparation to the victims.

292. As already indicated, the *jurisprudence constante* of the Hague Court (PCIJ and ICJ) upholds the understanding that, as a matter of principle, a violation of international law and the corresponding duty of providing reparation form an *indissoluble whole*, so as to make the consequences thereof cease. State immunities cannot be made to operate, as in the present Judgment, like thunder coming out of a dark storm (the social cataclysm of the Second World War) and falling upon that indissoluble whole, dismantling it altogether. As I have further also indicated, State immunity is not a right but rather a prerogative or privilege; it cannot be upheld in a way that leads to manifest injustice.

293. In order to try to justify the upholding of State immunity even in the circumstances of the *cas d'espèce*, the Court's majority pursues an empirical factual exercise of identifying the incongruous case law of national courts and the inconsistent practice of national legislations on the subject-matter at issue. This exercise is characteristic of the methodology of legal positivism, over-attentive to facts and oblivious of values. Be that as it may, even in its own outlook, the examination of national courts decisions, in my view, is not at all conclusive for upholding State immunity in cases of international crimes.

---

[332] Cf. Judgment, para. 65.
[333] Cf. *ibid.*, para. 60.
[334] Cf. *ibid.*, para. 60 and cf. also paras. 61-65, 72 and 77.
[335] Cf. *ibid.*, para. 57.
[336] Cf. *ibid.*, paras 90 and 106.

l'Etat du for, par les forces armées d'un Etat étranger»[332] (comme la Cour les dépeint) sont des «actes» dont l'illégalité a été reconnue par l'Etat responsable lui-même, l'Allemagne, «à toutes les étapes de la procédure»[333] dans la présente affaire. Il ne s'agit pas d'*acta jure imperii*[334], comme la Cour les qualifie à maintes reprises; il s'agit d'actes illicites, de *delicta imperii*, d'atrocités, de crimes internationaux de la pire gravité, engageant la responsabilité de l'Etat et des individus qui les ont commis. La distinction traditionnelle entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, comme je l'ai déjà indiqué, est dénuée de pertinence dans une affaire aussi grave que la présente affaire.

291. Le principe de l'égalité souveraine des Etats est effectivement un principe fondamental applicable au niveau des relations *inter*-étatiques[335]: eût-il été dûment observé, ces atrocités ou crimes internationaux n'auraient pas été commis de la manière et à l'époque où ils l'ont été (en 1943-1945). Quoi qu'il en soit, ce principe n'est pas le *punctum pruriens* car en l'espèce nous avons affaire à des atrocités ou crimes internationaux commis au niveau *intra*-étatique. Les principes fondamentaux en cause sont ici, selon moi, le principe d'humanité et le principe de la dignité humaine. J'estime que l'immunité de l'Etat ne peut être indûment placée[336] au-dessus de la responsabilité de l'Etat à raison de crimes internationaux et son corollaire inéluctable, l'obligation de l'Etat responsable d'indemniser les victimes.

292. Comme je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence constante de la Cour de La Haye (la CPJI et la CIJ) confirme que, par principe, une violation du droit international et l'obligation correspondante de réparer forment un *tout indissoluble*, de telle manière que l'immunité est privée d'effets. On ne peut faire opérer les immunités de l'Etat, comme dans le présent arrêt, tel un coup de tonnerre au milieu d'une tempête violente (le cataclysme sociétal de la seconde guerre mondiale) qui tomberait sur ce tout indissoluble en le démantelant. Comme je l'ai également indiqué, l'immunité de l'Etat n'est pas un droit, c'est une prérogative ou un privilège; elle ne peut être retenue d'une manière qui aboutisse à une injustice manifeste.

293. Afin de justifier la confirmation de l'immunité de l'Etat jusque dans les circonstances de la présente espèce, la majorité de la Cour se livre à un exercice factuel empirique consistant à recenser la jurisprudence incongrue de tribunaux internes et la pratique incohérente des législations nationales sur la question en cause. Cet exercice est caractéristique des méthodes du positivisme juridique, qui accorde une attention exagérée aux faits pour oublier les valeurs. Quoi qu'il en soit, même considéré en lui-même, l'examen des décisions des tribunaux internes n'est à mes yeux pas du tout concluant s'agissant de confirmer l'immunité de l'Etat en cas de crimes internationaux.

---

[332] Voir arrêt, par. 65.
[333] Voir *ibid.*, par. 60.
[334] Voir *ibid.*, par. 60, de même que par. 61-65, 72 et 77.
[335] Voir *ibid.*, par. 57.
[336] Voir *ibid.*, par. 90 et 106.

294. As to national legislations, pieces of sparse legislation in a handful of States[337], in my view, cannot withhold the lifting of State immunity in cases of grave violations of human rights and of international humanitarian law. Such positivist exercises are leading to the fossilization of international law, and disclosing its persistent underdevelopment, rather than its progressive development, as one would expect. Such undue methodology is coupled with inadequate and unpersuasive conceptualizations, of the kind so widespread in the legal profession, such as, *inter alia*, the counterpositions of "primary" to "secondary" rules, or of "procedural" to "substantive" rules[338], or of obligations of "conduct" to those of "result". Words, words, words . . . Where are the values?

295. At times, resorting to conceptualizations of the kind may lead to manifest injustice, as in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. Once again the Court resorts to the counterposition between procedural law (where it situates immunity, as it did in its earlier judgment of 2002 in the *Arrest Warrant of 11 April 2000* case, opposing the Democratic Republic of the Congo to Belgium) and substantive law[339]. To me, the separation between procedural and substantive law is not ontologically nor deontologically viable: *la forme conforme le fond*. Legal procedure is not an end in itself, it is a means to the realization of justice. And the application of substantive law is *finaliste*, it purports to have justice done.

296. In the present Judgment, the Court's majority starts from the wrong assumption that no conflict exists, or can exist, between the substantive "rules of *jus cogens*" (imposing the prohibitions of "the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour") and the procedural "rules of State immunity"[340]. This tautological assumption leads the Court to its upholding of State immunity even in the grave circumstances of the present case. There is thus a material conflict, even though a formalist one may not be discernible. The fact remains that a conflict does exist, and the Court's reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of *jus cogens*, depriving this latter of its effects and legal consequences.

297. This is not the first time that this happens; it has happened before, e.g., in the last decade, in the Court's Judgments in the cases of the *Arrest Warrant* (2002) and of the *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda)* (2006), recalled by the Court with approval in the present Judgment[341]. It is high time to give *jus cogens* the attention it requires and deserves. Its deconstruction, as in the present case, is to the detriment not only of the individual victims of

[337] Cf. Judgment, para. 88.
[338] Cf. *ibid.*, paras. 58 and 100.
[339] *I.C.J. Reports 2002*, p. 3. And cf. Judgment, para. 58.
[340] Cf. Judgment, para. 93 and cf. also para. 95.
[341] Cf. *ibid.*, para. 95.

294. Quant aux législations nationales, de rares dispositions législatives dans une poignée d'Etats[337] ne sauraient selon moi empêcher de refuser l'immunité dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Telles sont les manifestations du positivisme qui aboutissent à une fossilisation du droit international et révèlent son sous-développement persistant, et non son développement progressif comme on pourrait l'espérer. Cette méthodologie indue est associée à des conceptualisations inadéquates et peu persuasives du type de celles qui sont si répandues dans les professions juridiques, comme l'opposition des règles «primaires» aux règles «secondaires», des règles «procédurales» aux règles «matérielles»[338], ou des obligations de «comportement» à celles de «résultat». Des mots, des mots, des mots... Où sont les valeurs?

295. Le recours à des conceptualisations de ce type peut parfois aboutir à une injustice manifeste, comme dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Une fois encore la Cour oppose le droit procédural (dans lequel elle situe l'immunité, comme elle l'a fait dans son arrêt de 2002 en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui opposait la République démocratique du Congo à la Belgique) et le droit matériel[339]. Selon moi, la distinction entre droit procédural et droit matériel n'est viable ni ontologiquement ni déontologiquement: la forme conforme le fond. La procédure judiciaire n'est pas une fin en soi, c'est un moyen de réaliser la justice. Et l'application du droit matériel est finaliste, elle vise à faire justice.

296. Dans le présent arrêt, la majorité de la Cour part de l'hypothèse erronée selon laquelle il n'existe ou ne peut exister de conflit entre les «règles [matérielles] du *jus cogens*» (qui interdisent «de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé») et «celles qui régissent l'immunité de l'Etat», des règles procédurales[340]. Cette hypothèse tautologique amène la Cour à confirmer l'immunité de l'Etat même dans les graves circonstances de la présente affaire. Il y a ainsi un conflit de fond, même si un conflit formel ne peut être discerné. Le fait demeure qu'un conflit existe bien, et le raisonnement de la Cour aboutit à ce que je considère comme une destruction infondée du *jus cogens*, qui prive ce dernier de ses effets et de ses conséquences juridiques.

297. Ce n'est pas la première fois que cela se produit; c'est déjà arrivé, par exemple au cours de la dernière décennie dans les arrêts que la Cour a rendus dans les affaires du *Mandat d'arrêt* (2002) et des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)* (2006), rappelés avec approbation par la Cour dans le présent arrêt[341]. Il est grand temps d'accorder au *jus cogens* l'attention qu'il appelle et mérite. Sa déconstruction, comme dans la présente affaire,

[337] Voir arrêt, par. 88.
[338] Voir *ibid.*, par. 58 et 100.
[339] *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3. Et voir arrêt, par. 58.
[340] Voir arrêt, par. 93, de même que par. 95.
[341] Voir *ibid.*, par. 95.

grave violations of human rights and of international humanitarian law, but also of contemporary international law itself. In sum, in my understanding, there can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities.

298. State immunities cannot keep on being approached in the light of an atomized or self-sufficient outlook (contemplating State immunities in a void), but rather pursuant to a comprehensive view of contemporary international law as a whole, and its role in the international community. International law cannot be frozen by continued and prolonged reliance on omissions of the past, either at normative level (e.g., in the drafting of the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property), or at judicial level (e.g., the majority decision of the ECHR [Grand Chamber] in the *Al-Adsani* case, 2001, and of this Court in the present case), already pointed out. The assertion by the Court, in the present Judgment, that, analogically, there is nothing "inherent in the concept of *jus cogens*" which would require the modification, or displace the application, of rules determining the scope and extent of jurisdiction[342], simply begs the question: it requires persuasive demonstration, not provided to date.

299. The Court cannot, by its decisions, remain indifferent to, or oblivious of, the enormous suffering of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law; it cannot remain over-attentive to the apparent sensitivities of States, to the point of conniving at denial of justice, by unduly ascribing to State immunities an absolute value. Quite on the contrary, the individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. It is not to stand in the way of the *realization of justice*. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, *inter alia*, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered. *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity.

XXVII. A Recapitulation: Concluding Observations

300. From all the preceding considerations, it is crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the pres-

[342] Cf. Judgment, para. 95.

porte préjudice non seulement aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, mais aussi au droit international contemporain lui-même. En résumé, selon moi, il ne peut y avoir de prérogative ni de privilège d'immunité de l'Etat en cas de crimes internationaux, comme les massacres de populations civiles, ou la déportation de civils et prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé: il s'agit de violations graves d'interdictions absolues du *jus cogens*, pour lesquelles il ne saurait y avoir d'immunités.

298. On ne peut continuer d'envisager des immunités de l'Etat dans une perspective atomisée ou autosuffisante (en les considérant dans un vide): il faut le faire dans le cadre d'une vision globale de l'intégralité du droit international contemporain et de son rôle au sein de la communauté internationale. Le droit international ne peut être gelé en maintenant et en prolongeant les omissions du passé, que ce soit au plan normatif (par exemple lors de la rédaction de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004) ou au plan judiciaire (par exemple la décision majoritaire de la CEDH [Grande Chambre] dans l'affaire *Al-Adsani* en 2001 et l'arrêt de la Cour dans la présente affaire), que j'ai déjà évoquées. L'assertion par la Cour dans le présent arrêt selon laquelle, du point de vue analogique, il n'y a rien «d'intrinsèque à la notion de *jus cogens*» qui imposerait de modifier ou d'écarter l'application des règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction[342] ne fait qu'éluder la question: elle nécessite une démonstration persuasive qui n'a pas été faite à ce jour.

299. La Cour ne peut, par ses décisions, demeurer indifférente aux immenses souffrances des victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ni les oublier; elle ne peut continuer d'accorder une attention indue aux sensibilités apparentes des Etats au point de se rendre complice d'un déni de justice, en conférant indûment aux immunités de l'Etat une valeur absolue. Bien au contraire, les victimes individuelles d'atrocités des Etats ne peuvent être laissées sans aucune forme de recours. L'immunité de l'Etat n'est pas censée faire obstacle à la compétence dans des circonstances comme celles qui prévalent dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Elle ne doit pas faire obstacle à la *réalisation de la justice*. La recherche de la justice doit être préservée comme l'objectif ultime. Assurer la justice au bénéfice des victimes consiste notamment à leur permettre de demander et d'obtenir réparation pour les crimes dont elles ont souffert. Le *jus cogens* est au-dessus de la prérogative ou du privilège de l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent, empêchant ainsi un déni de justice et l'impunité.

XXVII. UNE RÉCAPITULATION: CONCLUSIONS

300. Il ressort à l'évidence de toutes les considérations qui précèdent que ma position, en ce qui concerne tous les points qui constituent l'objet

[342] Voir arrêt, par. 95.

ent Judgment on the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, stands in clear opposition to the view espoused by the Court's majority. My dissenting position is grounded not only on the assessment of the arguments produced before the Court by the contending Parties (Germany and Italy) and the intervening State (Greece), but above all on issues of principle and on fundamental values, to which I attach even greater importance. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay the foundations of my dissenting position in the *cas d'espèce* in the present dissenting opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my dissenting position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

301. *Primus*: One cannot take account of inter-temporal law only in a way that serves one's interests in litigation, accepting the passing of time and the evolution of law in relation to certain facts but not to others, of the same *continuing* situation. One cannot hide behind static dogmas so as to escape the legal consequences of the perpetration of atrocities in the past; the evolution of law is to be taken into account. *Secundus*: Likewise, one cannot make abstraction of the factual context of the present case; State immunities cannot be considered in the void, they constitute a matter which is ineluctably linked to the facts which give origin to a contentious case. Recognition of this interrelatedness is even more forceful, in a unique and unprecedented case like the present one, in which the Complainant State, throughout the proceedings before the Court (written and oral phases), recognized its own responsibility for the harmful acts lying in the origins, and forming the factual background, of the present case.

302. *Tertius*: There have been doctrinal developments, from a generation of jurists which witnessed the horrors of two World Wars in the twentieth century, which did not at all pursue a State-centric approach, and were centred on fundamental human values, and on the human person, guarding faithfulness to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to do nowadays as well. State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays in the light of fundamental human values.

303. *Quartus*: The more lucid contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually resolves the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. *Quintus*: The threshold of the *gravity* of the breaches of human rights and of international humanitarian law removes any bar to jurisdiction, in the quest for reparation to the victimized individuals. It is indeed important that all mass atrocities are nowadays considered in the light of

du présent arrêt dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, est clairement opposée à celle que la majorité de la Cour a fait sienne. Mon opinion dissidente repose non seulement sur l'évaluation des arguments formulés devant la Cour par les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce), mais surtout sur des questions de principe et sur des valeurs fondamentales, auxquelles j'attache encore plus d'importance. Je me suis donc ainsi senti obligé, dans l'exercice scrupuleux de la fonction judiciaire internationale, d'exposer dans la présente les fondements de mon opinion dissidente. J'estime approprié, à ce stade, de récapituler tous les points de cette opinion tant par souci de clarté que pour en souligner la connexité.

301. *Primus*: On ne peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un procès, en acceptant le passage du temps et l'évolution du droit par rapport à certains faits mais non à d'autres, s'agissant de la même situation *continue*. On ne peut se cacher derrière des dogmes statiques pour échapper aux conséquences juridiques de la perpétration d'atrocités dans le passé; l'évolution du droit doit être prise en considération. *Secundus*: De même, on ne peut faire abstraction du contexte factuel de la présente affaire; les immunités de l'Etat ne peuvent être considérées dans un vide, il s'agit d'une question inéluctablement liée aux faits qui sont à l'origine d'une affaire contentieuse. La reconnaissance de cette connexité s'impose encore plus dans une affaire unique et sans précédent comme la présente affaire, dans laquelle l'Etat demandeur, tout au long de la procédure devant la Cour (phases écrite et orale), a reconnu sa propre responsabilité à raison des actes préjudiciables qui sont à l'origine de la présente affaire et en constituent le contexte factuel.

302. *Tertius*: Il y a eu des développements doctrinaux, émanant d'une génération de juristes qui ont été témoins des horreurs des deux dernières guerres du XX^{e} siècle, qui ne suivaient pas du tout une approche centrée sur l'Etat et étaient axés sur les valeurs humaines fondamentales et sur la personne humaine, et étaient fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme on devrait l'être de nos jours. Les immunités de l'Etat sont après tout une prérogative ou un privilège, et elles ne peuvent continuer à faire abstraction de l'évolution du droit international qui se produit de nos jours à la lumière des valeurs humaines fondamentales.

303. *Quartus*: La doctrine du droit international contemporain la plus éclairée, notamment les travaux d'institutions savantes de droit international, réduit progressivement la tension entre l'immunité de l'Etat et le droit d'accès à la justice, à juste titre en faveur de ce dernier, en particulier dans les cas de crimes internationaux. Elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de justice et d'éviter l'impunité lorsque des crimes internationaux ont été commis, s'efforçant ainsi de garantir leur non-répétition à l'avenir. *Quintus*: Le seuil de *gravité* des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire lève tout obstacle à la compétence lorsqu'il s'agit d'indemniser les victimes individuelles. Il est effectivement important que toutes les atrocités de masse soient de nos jours considérées à la

the threshold of *gravity*, irrespective of who committed them. Criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities are not to be covered up by the shield of State immunity.

304. *Sextus*: Purported inter-State waivers of rights inherent to the human person are inadmissible; they stand against the international *ordre public*, and are to be deprived of any juridical effects. This is deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, the ultimate material source of all law. *Septimus*: By the time of the Second World War, deportation to forced labour (as a form of slave work) was already prohibited by international law. Well before the Second World War its wrongfulness was widely acknowledged, at normative level (in the IV Hague Convention of 1907 and in the 1930 ILO Convention on Forced Labour); there was recognition of that prohibition in works of codification. That prohibition has, furthermore, met with judicial recognition. *Octavus*: The right to war reparation claims was likewise recognized well before the end of the Second World War (in the IV Hague Convention of 1907).

305. *Nonus*: What jeopardizes or destabilizes the international legal order, are the international crimes, and not the individual suits for reparation in the search for justice. What troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice? When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose.

306. *Decimus*: Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are anti-juridical acts, are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. *Undecimus*: International crimes perpetrated by States are not acts *jure gestionis*, nor acts *jure imperii*: they are crimes, *delicta imperii*, for which there is no immunity. That traditional and eroded distinction is immaterial here.

307. *Duodecimus*: In case of grave violations of human rights and of international humanitarian law, the *direct access* of the individuals concerned to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate those rights, even against their own State. *Tertius decimus*: Individuals are indeed subjects of international law (not merely "actors"), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are *titulaires* of rights and bearers of duties which emanate *directly* from international law (the *jus gentium*). Converging developments, in recent decades, of the international law of human rights, of international humanitarian law, and of the international law of refugees, followed by those of international criminal law, give unequivocal testimony of this.

lumière de ce seuil de *gravité*, quels que soient leurs auteurs. Les politiques d'Etat criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités d'Etat ne doivent pas être couvertes par le bouclier de l'immunité de l'Etat.

304. *Sextus*: Les renonciations interétatiques à des droits inhérents à la personne humaine sont inadmissibles; elles sont contraires à l'ordre public international et doivent être privées de tout effet juridique. Cela est profondément gravé dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle*, source matérielle ultime de l'ensemble du droit. *Septimus*: A l'époque de la seconde guerre mondiale, la déportation pour travail forcé (en tant que forme d'esclavage) était déjà interdite par le droit international. Bien avant la seconde guerre mondiale, son illicéité était déjà largement reconnue au niveau normatif (dans la convention IV de La Haye de 1907 et dans la convention de l'OIT de 1930 sur le travail forcé); cette prohibition était aussi reconnue dans les œuvres de codification, et elle l'a de plus été judiciairement. *Octavus*: Le droit à des réparations de guerre a de même été reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale (dans la convention IV de La Haye de 1907).

305. *Nonus*: Ce sont les crimes internationaux, et non les actions individuelles en réparation intentées pour obtenir justice, qui compromettent ou déstabilisent l'ordre juridique international. Ce qui trouble l'ordre juridique international, c'est l'occultation de ces crimes internationaux accompagnée de l'impunité de leurs auteurs, et non la quête de justice des victimes. Lorsqu'un Etat mène une politique criminelle consistant à assassiner des segments de sa propre population et de la population d'autres Etats, il ne peut par la suite se placer derrière le bouclier des immunités souveraines, car ces dernières n'ont jamais été conçues à cette fin.

306. *Decimus*: Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire assimilables à des crimes internationaux sont des actes antijuridiques, des violations du *jus cogens* qui ne peuvent être simplement effacées ou jetées dans l'oubli en invoquant l'immunité de l'Etat. *Undecimus*: Les crimes internationaux commis par des Etats ne sont pas des actes *jure gestionis* ni des actes *jure imperii*; ce sont des crimes, des *delicta imperii*, pour lesquels il n'y a pas d'immunité. Cette distinction traditionnelle battue en brèche est dénuée de pertinence en l'espèce.

307. *Duodecimus*: En cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, l'*accès direct* des individus concernés à la juridiction internationale est ainsi pleinement justifié afin qu'ils puissent faire valoir ces droits, même contre leur propre Etat. *Tertius decimus*: Les individus sont de fait des sujets du droit international (pas seulement des «acteurs») et, chaque fois que la doctrine juridique s'est écartée de cette proposition, les conséquences et les résultats ont été catastrophiques. Les individus sont titulaires de droits et débiteurs d'obligations qui émanent *directement* du droit international (le *jus gentium*). Les développements convergents intervenus lors des dernières décennies en droit international des droits de l'homme, en droit international humanitaire et en droit international des réfugiés, puis en droit pénal international, l'attestent sans équivoque.

308. *Quartus decimus*: It is not at all State immunity that cannot be waived. There is no immunity for crimes against humanity. In cases of international crimes, of *delicta imperii*, what cannot be waived is the individual's right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.

309. *Quintus decimus*: The finding of particularly grave violations of human rights and of international humanitarian law provides a valuable test for the removal of any bar to jurisdiction, in pursuance of the necessary realization of justice. *Sextus decimus*: It is immaterial whether the harmful act in grave breach of human rights was a governmental one, or a private one with the acquiescence of the State, or whether it was committed entirely in the forum State or not (deportation to forced labour is a trans-frontier crime). State immunity does not stand in the domain of redress for grave violations of the fundamental rights of the human person.

310. *Septimus decimus*: The right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *proces équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting *satisfaction* to the victim. In this way those victimized by oppression have their right to the law *(droit au Droit)* duly vindicated.

311. *Duodevicesimus*: Even in the domain of State immunities proper, there has been acknowledgment of the changes undergone by it, in the sense of restricting or discarding such immunities in the occurrence of those grave breaches, due to the advent of the international law of human rights, with attention focused on the right of access to justice and international accountability. *Undevicesimus*: The State's duty to provide reparation to individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law is a duty under customary international law and pursuant to a fundamental general principle of law.

312. *Vicesimus*: There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by the victims. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, amounts to a juridical absurdity.

313. *Vicesimus primus*: The right of access to justice *lato sensu* is to be approached with attention focused on its essence as a fundamental right, and not on permissible or implicit "limitations" to it. *Vicesimus secundus*:

308. *Quartus decimus*: Ce n'est pas du tout l'immunité de l'Etat qui ne peut être refusée. Il n'y a pas d'immunité pour les crimes contre l'humanité. En cas de crimes internationaux, de *delicta imperii*, ce qui ne peut être refusé est le droit d'accès à la justice de l'individu, qui comprend le droit à réparation pour les violations graves des droits qui lui sont inhérents en tant qu'être humain. En l'absence de ce droit, il n'y a absolument pas de système juridique crédible, aux niveaux national comme international.

309. *Quintus decimus*: La constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire fournit un critère précieux pour la levée de tout obstacle à la compétence, eu égard à l'impératif de réalisation de la justice. *Sextus decimus*: Peu importe que l'acte préjudiciable violant gravement les droits de l'homme ait été le fait d'un Etat ou d'une personne privée avec l'acquiescement de l'Etat, ou qu'il ait été commis entièrement ou non dans l'Etat du for (la déportation pour travail forcé est un crime transfrontière). L'immunité de l'Etat n'a pas cours dans le domaine de la réparation des violations graves des droits fondamentaux de la personne humaine.

310. *Septimus decimus*: Le droit d'accès à la justice *lato sensu* comprend non seulement l'accès formel à la justice (le droit d'introduire une instance) au moyen d'un recours effectif, mais aussi les garanties d'une procédure régulière (avec l'égalité des armes dans le cadre d'un procès équitable) jusqu'au jugement (la prestation juridictionnelle) et son exécution intégrale, la réparation due étant accordée. La réalisation de la justice est en elle-même une forme de réparation, accordant *satisfaction* à la victime. De cette manière, le droit au Droit des victimes de l'oppression est dûment réalisé.

311. *Duodevicesimus*: Même dans le domaine des immunités de l'Etat proprement dit, des changements ont été reconnus, dans le sens d'une restriction ou d'un refus de ces immunités dans le cas de violations graves, en raison de l'apparition du droit international des droits de l'homme, l'attention voulue ayant été accordée au droit d'accès à la justice et à l'obligation internationale de rendre des comptes. *Undevicesimus*: L'obligation de l'Etat d'indemniser les victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire est une obligation qui découle du droit international coutumier et d'un principe général fondamental du droit.

312. *Vicesimus*: Il existe aujourd'hui une tendance croissante en faveur du refus de l'immunité en cas de crimes internationaux lorsque les victimes demandent réparation. De fait, admettre qu'il n'y a pas d'immunité de l'Etat dans le domaine des relations commerciales ou en matière quasi délictuelle (par exemple, dans le domaine des accidents de la route), tout en insistant pour permettre aux Etats de s'abriter derrière l'immunité en cas de crimes internationaux marqués par des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commis dans le cadre de politiques étatiques (criminelles), constitue une absurdité juridique.

313. *Vicesimus primus*: Le droit d'accès à la justice *lato sensu* doit être envisagé en prêtant attention à son essence en tant que droit fondamental et non à ses «restrictions» admissibles ou implicites. *Vicesimus secundus*: Les

Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of *jus cogens*, entailing State responsibility and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of law (in distinct legal systems — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) as a whole.

314. *Vicesimus tertius*: It is groundless to claim that the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law would exhaust itself at inter-State level, to the detriment of the individuals who suffered the consequences of war crimes and crimes against humanity. It is clear from the records of the present case that there are IMIs, victims of Nazi Germany's grave violations of human rights and of international humanitarian law, who have in fact been left without reparation to date. *Vicesimus quartus*: These individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. It is not to stand in the way of the *realization of justice*. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, *inter alia*, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered.

315. *Vicesimus quintus*: One cannot embark on a wrongfully assumed and formalist lack of conflict between "procedural" and "substantive" rules, depriving *jus cogens* of its effects and legal consequences. The fact remains that a conflict does exist, and the primacy is of *jus cogens*, which resists to, and survives, such groundless attempt at its deconstruction. There can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities.

316. *Vicesimus sextus*: *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity. On the basis of all the aforesaid, my firm position is that there is no State immunity for international crimes, for grave violations of human rights and of international humanitarian law. In my understanding, this is what the International Court *of Justice* should have decided in the present Judgment.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent des violations du *jus cogens* qui engagent la responsabilité de l'Etat et donnent naissance à un droit à réparation au profit des victimes. Cela est conforme à l'idée de rectitude (selon la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) dans son ensemble.

314. *Vicesimus tertius*: Il est injustifié d'affirmer que le régime des réparations pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'épuiserait au niveau interétatique au détriment des victimes des conséquences des crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Il ressort clairement du dossier de la présente affaire qu'il y a des internés militaires italiens, victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie, qui n'ont effectivement pas été indemnisés à ce jour. *Vicesimus quartus*: Ces victimes individuelles d'atrocités étatiques ne peuvent être laissées sans aucune forme de recours. L'immunité de l'Etat n'est pas censée faire obstacle à la compétence dans des circonstances comme celles de la présente espèce concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Elle ne saurait faire obstacle à la *réalisation de la justice*. La recherche de la justice doit être préservée comme objectif ultime; assurer la justice au bénéfice des victimes consiste notamment à leur permettre de demander et d'obtenir réparation pour les crimes dont elles ont souffert.

315. *Vicesimus quintus*: On ne saurait partir de l'hypothèse fautive et formaliste de l'absence de conflit entre règles «procédurales» et «matérielles» et priver le *jus cogens* de ses effets et conséquences juridiques. Le fait demeure qu'il existe bien un conflit, et la primauté revient au *jus cogens*, qui résiste à cette tentative infondée de le déconstruire et y survit. Il ne peut y avoir de prérogative ou de privilège de l'immunité de l'Etat dans le cas des crimes internationaux, comme les massacres de populations civiles et la déportation de civils et de prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé: il s'agit de violations graves d'interdictions absolues relevant du *jus cogens*, pour lesquelles il ne peut y avoir d'immunités.

316. *Vicesimus sextus*: Le *jus cogens* est au-dessus de la prérogative ou du privilège de l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent, de manière à éviter un déni de justice et l'impunité. Sur la base de tout ce qui précède, je suis fermement convaincu qu'il n'y a pas d'immunité de l'Etat pour les crimes internationaux, pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Selon moi, c'est ce que la Cour internationale *de Justice* aurait dû décider dans le présent arrêt.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

DISSENTING OPINION OF JUDGE YUSUF

The key question in these proceedings was whether Italian courts violated the jurisdictional immunity of Germany — The Italian courts set aside the immunity of Germany with respect to claims for reparation of serious humanitarian law violations in the absence of other remedial avenues — The Court failed to adequately address this core issue — The Court instead focused on the extent of immunity for acta jure imperii *when committed by armed forces during armed conflict and the strength of* jus cogens *norms — The Court's analysis does not adequately address the real-life situation of the victims of Nazi atrocities without other means of redress — Immunity should not be used as a screen where no other remedial avenues are available — The victims' petition to Italian domestic courts was a last attempt to obtain reparation — Immunity is not an immutable value in international law — The scope of immunity has been contracting over the past century as the international legal system shifted from a State-centred model to one that also protects the rights of human beings — It is as full of holes as Swiss cheese — There is considerable divergence in the extent and scope of immunity in State practice — Uncertainties on customary rules cannot be resolved by a formalistic exercise of surveying divergent judicial decisions — Customary international law is not a question of relative numbers — Consideration must be given to the circumstances and nature of each case and the factors underlying it — Resort may also be had to the general principles underlying human rights and humanitarian law — A balance must be sought between the function of immunity and the realization of fundamental human rights and humanitarian law — There should be a proportionality and legitimacy assessment with respect to granting immunity when the customary rules are found to be fragmentary or unsettled — The evolution of the law on immunity has often occurred through isolated domestic court decisions that gradually become mainstream — Assertion of jurisdiction by domestic courts crystallizes an emerging exception to State immunity — Domestic courts cannot set aside immunity every time there is a claim for reparation for violations of international humanitarian law or human rights — In exceptional circumstances, assertion of jurisdiction where there is no other remedial avenue contributes to a better observance of international humanitarian law without unjustifiably indenting immunity.*

I. Introduction

1. I am regrettably unable to concur with the Court's majority in finding that:

> "[t]he Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under interna-

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

Question essentielle en la présente affaire ayant été de savoir si les tribunaux italiens avaient violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne — Tribunaux italiens ayant écarté l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'actions en réparation liées à des violations graves du droit humanitaire en l'absence d'autre voie de recours — Cour n'ayant pas traité comme il convenait cette question essentielle — Cour s'étant attachée à la portée de l'immunité en ce qui concerne les actes jure imperii *commis par des forces armées pendant un conflit armé et à l'importance des normes de* jus cogens *— Cour n'ayant pas, du fait de cette approche, traité comme il se devait la situation vécue par les victimes des atrocités nazies ne disposant d'aucune autre voie de recours — Immunité ne devant pas être utilisée comme rempart lorsque aucune autre voie de recours n'est disponible — Saisine des juridictions nationales italiennes ayant été la dernière tentative des victimes d'obtenir réparation — Immunité n'étant pas une valeur immuable en droit international — Portée de l'immunité s'étant réduite au cours du dernier siècle, au fur et à mesure que le droit international passait d'un système juridique centré sur l'Etat à un système protégeant également les droits des êtres humains — Immunité de l'Etat faisant penser à un gruyère — Pratique des Etats révélant des divergences considérables quant à l'étendue et à la portée de l'immunité — Incertitudes sur les règles coutumières ne pouvant être levées en s'en tenant à l'examen de décisions judiciaires contradictoires — Droit international coutumier n'étant pas qu'une question de chiffres — Nécessité d'examiner les circonstances et la nature de chaque affaire ainsi que les facteurs qui la sous-tendent — Possibilité de recourir également aux principes généraux des droits de l'homme et du droit humanitaire — Equilibre devant être recherché entre la fonction de l'immunité et la réalisation des droits fondamentaux de l'homme et du droit humanitaire — Nécessité d'apprécier l'octroi de l'immunité à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité lorsque les règles coutumières se révèlent fragmentaires et incertaines — Evolution du droit de l'immunité s'étant souvent produite par le biais de décisions isolées, rendues par des juridictions nationales, qui ont peu à peu été généralement acceptées — Juridictions nationales cristallisant, en se déclarant compétentes, une exception naissante à l'immunité des Etats — Juridictions nationales ne pouvant écarter l'immunité chaque fois qu'est présentée une demande de réparation à raison de violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme — Juridictions pouvant, en se déclarant compétentes dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, contribuer à un meilleur respect du droit international humanitaire sans porter indûment atteinte à l'immunité.*

I. Introduction

1. Je ne peux malheureusement souscrire à la conclusion de la majorité selon laquelle

> «la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le

tional law by allowing civil claims to be brought against it based on violations of international humanitarian law committed by the German Reich between 1943 and 1945".

2. I am also in disagreement with the reasoning and consideration on which this finding is based.

3. My disagreements relate in particular to the marginal way in which the core issues in dispute between the Parties have been dealt with in the Judgment; the lack of an adequate analysis of the obligation to make reparations for violations of international humanitarian law (hereinafter IHL), which is intimately linked to the denial of State immunity in the dispute before the Court; the reasoning and conclusions of the majority on the scope and extent of State immunity in international law and the derogations that may be made from it; and the approach adopted in the Judgment towards the role of domestic courts in the identification and evolution of international customary norms, particularly in the area of State immunity.

I will elaborate my views on these matters below.

II. The Core Issues before the Court

4. The jurisdictional immunity of foreign States before national courts in cases concerning serious violations of human rights or humanitarian law has been extensively debated in recent years in scholarly literature and has given rise to conflicting judicial decisions by courts of various jurisdictions. The core issues before the Court in these proceedings are however of a much more limited and narrower scope. They concern decisions by Italian courts to set aside Germany's immunity in proceedings regarding claims for reparation arising out of acts committed by the Third Reich in the period 1943-1945 whose illegality has been admitted by Germany.

5. The claims before the Italian courts concerned certain categories of victims (for a description of these categories, see paragraph 52 of the Judgment) to whom Germany allegedly failed to pay compensation, thus leaving them without other means of redress for the harm suffered. The Court had therefore to determine whether the refusal of Italian courts to grant jurisdictional immunity to Germany with respect to claims of victims of Nazi crimes in search of redress and reparation constitutes an internationally wrongful act, in the absence of other remedial avenues. The Court's answer to this question is positive, and I disagree with it. But my disagreement concerns also the approach adopted by the Court to reach this conclusion.

6. The Court recognizes that it has jurisdiction to determine whether Germany's failure to pay compensation to those categories of victims, whose illegal treatment by the Third Reich has been admitted by Germany, is capable of having an effect on the existence and scope of Germany's jurisdictional

droit international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945».

2. Je suis également en désaccord avec le raisonnement et les motifs sur lesquels cette conclusion repose.

3. Mon désaccord porte en particulier sur le fait que l'arrêt ne traite qu'incidemment les questions qui étaient au cœur du différend entre les Parties; sur l'absence d'analyse appropriée de l'obligation de réparation à raison de violations du droit international humanitaire, obligation qui est étroitement liée au refus de reconnaître l'immunité de l'Etat en la présente affaire; sur le raisonnement et les conclusions de la majorité concernant la portée et l'étendue de l'immunité des Etats en droit international et les cas où il peut y être dérogé; enfin, sur l'approche suivie quant au rôle que jouent les juridictions nationales dans la détermination et l'évolution des normes du droit international coutumier, notamment dans le domaine de l'immunité de l'Etat.

J'exposerai ci-après mes vues sur ces questions.

II. Les questions essentielles qui se posaient à la Cour

4. La question de l'immunité de juridiction des Etats étrangers devant les tribunaux nationaux dans des affaires où sont en cause des violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux au cours de ces dernières années, et donné lieu à des décisions contradictoires de la part de juridictions relevant de divers ordres. Les questions essentielles qui se posaient à la Cour en la présente instance avaient toutefois une portée bien plus limitée. Elles avaient trait aux décisions prises par certaines juridictions italiennes d'écarter l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'actions qui se rapportaient à des demandes en réparation découlant d'actes commis par le III[e] Reich entre 1943 et 1945, actes dont l'Allemagne a reconnu qu'ils étaient illicites.

5. Les affaires portées devant les juridictions italiennes concernaient certaines catégories de victimes (voir, sur ce point, le paragraphe 52 de l'arrêt) que l'Allemagne n'aurait pas indemnisées, les privant ainsi de toute possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi. La Cour devait donc déterminer si le refus, par les juridictions italiennes, d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction à l'égard des actions engagées par des victimes de crimes nazis cherchant à obtenir réparation et indemnisation constituait, en l'absence d'autre voie de recours, un fait internationalement illicite. Elle y a répondu par l'affirmative, ce à quoi je ne puis souscrire, d'autant que je suis aussi en désaccord avec l'approche qui a été adoptée à cet égard.

6. La Cour a reconnu qu'elle avait compétence pour déterminer si le fait que l'Allemagne — qui a reconnu que le traitement que leur avait infligé le III[e] Reich était illicite — n'ait pas indemnisé ces catégories de victimes pouvait avoir une incidence sur l'existence et la portée de l'im-

immunity before Italian courts, and consequently whether the Italian courts were legally justified, under these specific circumstances, to deny immunity to Germany (Judgment, para. 50). The Court, however, in its consideration of the merits, limits its examination, almost entirely, to the issue of "whether . . . immunity is applicable to acts committed by the armed forces of a State . . . in the course of conducting an armed conflict" (*ibid.*, para. 61).

7. This formulation of the core issues is, in my view, too abstract and formalistic as compared to the real life situation of the victims of Nazi atrocities who, for the lack of any alternative means of redress, had to submit their claims for reparation to Italian courts. The dispute before the Court is not about the general applicability of immunity to unlawful acts committed by the armed forces of a State in a situation of armed conflict. This is a very broad subject which is best left for academic papers and scholarly discussions. The dispute in this case is about the decisions of Italian courts to set aside the jurisdictional immunity of Germany to allow certain categories of Italian victims, who were unable to obtain effective reparations for crimes committed by the Third Reich and admitted by Germany, to have an alternative means of redress.

8. Italy has repeatedly emphasized this point both in its written submissions (Counter-Memorial of Italy, pp. 87-122; and Rejoinder of Italy, pp. 11-26) and during the oral proceedings (CR 2011/18, para. 11; CR 2011/21, paras. 4-12; CR 2011/21, p. 17, paras. 1-37). Germany has also abundantly responded to it (CR 2011/17, paras. 14-42; CR 2011/20, p. 30, paras. 11-36). The Court should have therefore adequately addressed it.

9. Unfortunately, as a result of the above-mentioned approach by the Court, the centrality to the dispute between the Parties of the link between the lack of reparations and the denial of immunity by the Italian courts in order to provide an alternative means of redress to the victims, has been substantially overlooked, if not completely sidelined, in the Judgment. The only exception is a short section (Judgment, paras. 98-104), which deals with the "last resort" argument put forward by Italy with regard to the lack of reparations for certain categories of victims.

10. In that section, the Court notes that

> "Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them" (*ibid.*, para. 99).

However, instead of assessing the impact that this failure to make reparations — and the absence of alternative means of redress — could have on the granting or denial of State immunity to Germany in the courts of the forum State under international law, the Court limits itself to state that "the Court considers that it is a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation . . ." *(ibid.)*. It bears to be recalled in this connection that disputes between States are not submitted to an

munité de juridiction de l'Allemagne devant les tribunaux italiens, et, dès lors, si ces derniers étaient juridiquement fondés, dans ces circonstances particulières, à dénier l'immunité à l'Allemagne (arrêt, par. 50). Or, dans son examen au fond, la Cour s'est presque entièrement limitée à la question de «savoir si l'immunité est applicable aux actes commis par les forces armées d'un Etat ... dans le cadre d'un conflit armé» (*ibid.*, par. 61).

7. Cette manière d'aborder les questions essentielles posées en l'espèce est, selon moi, par trop abstraite et formaliste au regard de la situation vécue par les victimes des atrocités nazies qui, faute d'autres voies de recours, ont été contraintes de présenter leurs demandes de réparation aux tribunaux italiens. Le différend soumis à la Cour ne portait pas, d'une manière générale, sur l'applicabilité de l'immunité aux actes illicites commis par les forces armées d'un Etat pendant un conflit armé. Il s'agit là d'un sujet très vaste, qu'il est préférable de laisser aux écrits et débats doctrinaux. En l'espèce, le différend portait sur la décision des juridictions italiennes d'écarter l'immunité de juridiction de l'Allemagne afin de permettre à certaines catégories de victimes italiennes — qui avaient cherché en vain à obtenir réparation à raison de crimes commis par le III^e^ Reich et reconnus par l'Allemagne — de bénéficier d'une autre voie de recours.

8. L'Italie n'a cessé d'insister sur ce point, tant dans ses écritures (contre-mémoire, p. 87-122; et duplique, p. 11-26) qu'à l'audience (CR 2011/18, par. 11; CR 2011/21, par. 4-12; CR 2011/21, p. 17, par. 1-37), et l'Allemagne lui a répondu de manière fort approfondie (CR 2011/17, par. 14-42; CR 2011/20, p. 30, par. 11-36). La Cour aurait donc dû se prononcer en conséquence.

9. Malheureusement, du fait de son approche susmentionnée, la Cour a largement négligé, si ce n'est totalement ignoré, le caractère central — dans le différend opposant les Parties — du lien entre absence de réparation et refus de reconnaître l'immunité par les juridictions italiennes afin d'offrir aux victimes une voie de recours. Seule une courte section (arrêt, par. 98-104), qui traite de l'argument du «dernier recours» avancé par l'Italie relativement à l'absence d'indemnisation de certaines catégories de victimes, fait exception.

10. Dans cette section, la Cour note que

> «l'Allemagne [a] refusé d'accorder réparation à un groupe de victimes au motif que celles-ci auraient eu droit à un statut que, à l'époque pertinente, elle a refusé de leur reconnaître, particulièrement parce que ces victimes se sont vues, de ce fait, privées de la protection juridique à laquelle ce statut leur donnait droit» (*ibid.*, par. 99).

Or, au lieu d'examiner les conséquences que ce défaut d'indemnisation ainsi que l'absence d'autres voies de recours ont pu avoir sur l'octroi ou non de l'immunité à l'Allemagne devant les juridictions de l'Etat du for en vertu du droit international, la Cour s'est contentée de dire «qu'il [était] surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation...» (*ibid.*). Il convient de rappeler à cet égard que, si les Etats portent leurs différends devant un organe juridictionnel international, et plus particulière-

international adjudicatory body, and particularly to the principal judicial organ of the United Nations, for expressions of surprise and regret, but for their appropriate settlement on the basis of international law.

11. On the other hand, I agree with the Court's statement that: "the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned" (Judgment, para. 104). Nevertheless, the Court should have, in my view, drawn some legal conclusions from this statement, particularly with respect to the legality or illegality of the decisions of the Italian courts in this specific context. Instead, the Court goes on to state that the claims of the Italian military internees (IMIs), together with other claims of Italian nationals, "could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue" *(ibid.)*; thus, suggesting a diplomatic approach, rather than a legal determination by the Court itself, to some of the core issues of the dispute submitted to it for adjudication.

III. The Obligation to Make Reparations for Violations of IHL

12. In view of the direct bearing that the lack of reparations for IHL violations by the Third Reich had on the refusal by Italian courts to grant immunity to Germany, I find it also regrettable that the Court, despite recognizing this close relationship, has not considered it necessary to examine, at least in a general manner, the obligation to make reparations for violations of IHL in international law.

13. The obligation to make reparations for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law is enshrined in Article 3 of the 1907 Hague Convention IV which provides that:

> "[a] belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts forming part of its armed forces."

14. A similar provision is to be found in Article 91 of the Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 (hereinafter "Protocol I"). These provisions do not indicate whether the beneficiaries of such compensation are individuals or States. It can, however, be said that they clearly establish the existence of an obligation under international law to pay compensation and make reparations for violations of humanitarian law.

15. It is only in the past two decades or so that one may find examples of individual claimants seeking compensation for damages suffered as a result of violations of humanitarian law. Such examples include the claims brought before Japanese courts in the 1990s on behalf of the victims of IHL violations during the Second World War including slave labourers, comfort women, and torture victims; or the legal suits brought before United States courts by the Holocaust Restitution Movement against Ger-

ment l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ce n'est pas pour que celui-ci exprime de la surprise et du regret, mais pour qu'il tranche utilement le litige sur le fondement du droit international.

11. Je souscris toutefois au prononcé de la Cour selon lequel «[elle] n'ignore pas que l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne conformément au droit international pourrait empêcher les ressortissants italiens concernés d'obtenir une réparation judiciaire» (arrêt, par. 104). Selon moi, la Cour aurait néanmoins dû en tirer certaines conclusions juridiques, notamment en ce qui concerne la licéité ou l'illicéité des décisions des juridictions italiennes dans ce contexte particulier. Or, elle a poursuivi en indiquant que les demandes des internés militaires italiens, comme celles émanant d'autres ressortissants italiens, «pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution» *(ibid.)*, suggérant ainsi que certains aspects essentiels du différend qui lui a été soumis soient réglés par voie diplomatique et non judiciaire.

III. L'OBLIGATION DE RÉPARATION À RAISON DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

12. Compte tenu de l'incidence directe que l'absence de réparation des violations du droit international humanitaire commises par le III[e] Reich a eue sur le refus des juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne, je déplore également que la Cour, quoique ayant reconnu ce lien étroit, n'ait pas jugé nécessaire de se pencher, au moins de manière générale, sur l'obligation de réparer pareilles violations en droit international.

13. L'obligation de réparation à raison de dommages subis par suite de violations du droit humanitaire est consacrée à l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907, lequel dispose que

> «[l]a partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.»

14. Une clause similaire figure à l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 (ci-après le «protocole I»). Bien qu'elles ne précisent pas si les bénéficiaires en sont les individus ou les Etats, ces dispositions établissent clairement l'existence, en droit international, d'une obligation d'indemnisation et de réparation en cas de violations du droit humanitaire.

15. Ce n'est que depuis une vingtaine années que l'on trouve des exemples de particuliers ayant cherché à obtenir réparation à raison de dommages subis par suite de violations du droit humanitaire. Parmi ces exemples figurent des actions engagées dans les années 1990 devant les juridictions japonaises au nom des victimes de violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale, notamment les personnes réduites en esclavage, les «femmes de réconfort» et les

many on behalf of wartime "labour slaves", which have now been settled by Germany; the *Distomo* case brought by the relations of the victims of a massacre by the Nazi armed forces before Greek courts against Germany in 1995; and the *Ferrini* case brought against Germany before Italian courts by Mr. Luigi Ferrini, an Italian national who had been arrested in August 1944, and deported to Germany, where he was detained and forced to work in a munitions factory until the end of the war.

16. Historically, there is ample evidence that compensation for such breaches was for a long period of time handled at the inter-State level either through peace treaties or through settlement agreements. More recently, other mechanisms have been used such as the Iraq Compensation Commission established by the United Nations Security Council and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission created through a bilateral agreement. This does not however mean that individuals are not or were not intended to be the ultimate beneficiaries of such mechanisms; or that they do not possess the right to make claims for compensation. It only indicates that the national State of the victims receives a lump sum to be distributed to the victims of such breaches. Such arrangements appear to have been resorted to for policy or practical reasons aimed at avoiding the prospect of innumerable private suits, or a delay in the conclusion of peace treaties and the resumption of normal relations between formerly belligerent States.

17. What is at issue here is the question of State responsibility. If crimes are committed by the agents of a State during an armed conflict, such a State has to assume responsibility for the unlawful acts of its agents, and to provide reparation to the victims. Such reparation is most often made through inter-State mechanisms, or through special funds set up by the State responsible for the violation. But, the law of State responsibility does not rule out the possibility that rights may accrue to individuals as a result of a wrongful act committed by a State. As a matter of fact, it is stated in Article 33, paragraph 2, of the ILC Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, that: "This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than the State."

18. Moreover, the ILC commentary clearly states that there are cases where individuals are the holders of the rights resulting from international rules regarding State responsibility. This is the case, in my view, not only in human rights treaties, but also in humanitarian law conventions. Article 3 of Hague Convention IV and Article 91 of Protocol I are good examples of such rules, particularly when interpreted in light of the recent evolution of international law in the area of human rights and humanitarian law. The International Committee of the Red Cross

personnes soumises à la torture; les procédures intentées contre l'Allemagne devant les tribunaux américains par l'Holocaust Restitution Movement au nom des personnes astreintes au travail en esclavage pendant la guerre (qui ont abouti à un accord de règlement); l'affaire *Distomo*, introduite en 1995 devant les juridictions grecques contre l'Allemagne par les parents des victimes d'un massacre perpétré par les forces armées nazies; ou encore l'affaire *Ferrini*, introduite contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes par M. Luigi Ferrini, ressortissant italien arrêté en août 1944 et déporté en Allemagne, où il a été détenu et contraint de travailler dans une usine de munitions jusqu'à la fin de la guerre.

16. Historiquement, nombreux sont les exemples qui attestent que les questions touchant la réparation de telles violations font, de longue date, l'objet de règlements entre Etats, que ce soit au moyen de traités de paix ou d'accords de règlement. Plus récemment, il a été recouru à d'autres mécanismes, tels que la commission d'indemnisation pour l'Iraq établie par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et la commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie créée en vertu d'un accord bilatéral. Cela ne signifie cependant pas que les individus ne sont pas ou n'étaient pas censés être les bénéficiaires ultimes de ces mécanismes, ou qu'ils n'auraient pas le droit d'engager des actions en réparation. Cela signifie simplement que l'Etat dont les victimes sont des nationaux se voit verser une somme forfaitaire destinée à leur être redistribuée. La solution de tels accords semble avoir été retenue pour des raisons à la fois politiques et pratiques, afin d'éviter que ne se multiplient les actions intentées par des particuliers, ou que ne soient retardés la conclusion des traités de paix et le rétablissement de relations normales entre anciens Etats belligérants.

17. La question posée en l'espèce était celle de la responsabilité de l'Etat. Or, lorsque les agents d'un Etat commettent des crimes au cours d'un conflit armé, l'Etat doit en assumer la responsabilité et accorder réparation aux victimes. Cette réparation intervient le plus souvent par le biais de mécanismes interétatiques ou de fonds spéciaux établis par l'Etat responsable. Le droit de la responsabilité des Etats n'exclut cependant pas que les particuliers puissent jouir de certains droits par suite de la perpétration d'un acte illicite par un Etat. De fait, le paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la Commission du droit international (ci-après la «CDI») sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite précise que «[l]a présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat».

18. La CDI indique en outre clairement, dans son commentaire, qu'il est des cas où les individus sont les titulaires des droits découlant de règles internationales relatives à la responsabilité des Etats. Il en va ainsi, selon moi, non seulement des règles énoncées dans les traités relatifs aux droits de l'homme, mais également de celles qui sont énoncées dans les conventions relatives au droit humanitaire. L'article 3 de la convention IV de La Haye et l'article 91 du protocole I l'illustrent fort bien, notamment lorsqu'ils sont interprétés à la lumière de l'évolution récente du droit international dans le

commentary to Article 91, Protocol I, appears to recognize this evolution:

> "Those entitled to compensation will normally be Parties to the conflict or their nationals, though in exceptional cases they may also be neutral countries, in the case of violation of the rules on neutrality or of unlawful conduct with respect to neutral nationals in the territory of a Party to the conflict . . . However, since 1945 a tendency has emerged to recognize the exercise of rights by individuals." (See ICRC, www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750117, paras. 3656 and 3657.)

19. It may therefore be stated that Article 3 of the Hague Convention IV — or for that matter, Article 91 of Protocol I — does not exclude the right of individuals to make claims for compensation for damages arising from breaches of IHL, despite the fact that the practice of States has been for a very long time to establish bilateral mechanisms through peace treaties and other agreements, and to have the issue of compensation handled by the State whose nationals have suffered damage as a result of such breaches.

20. The question, however, arises as to what happens in case some of the victims of IHL violations, for which responsibility has been recognized by the foreign State, are not covered through such schemes, and consequently are deprived of the possibility of being beneficiaries of the right to receive compensation for such breaches. Should such a State be allowed to use immunity before domestic courts as a screen against the obligation to make reparations, particularly when resort to such courts may be the only means of redress available to the victims? This is in my view the fundamental issue that the Court should have examined in this case.

IV. Assessment of the Scope of State Immunity and Its Possible Conflict with Claims for Reparations

21. My disagreement with the Court also extends to the approach and reasoning of the majority, which I find unpersuasive, on the scope and extent of the jurisdictional immunity of States under international law, as well as its exceptions and derogations. It is true that State immunity is a rule of customary international law, and not merely a matter of comity, although some legal scholars consider it only as an exception to the principle of territorial sovereignty and jurisdiction of States (see, for example, R. Higgins, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", 29 *Netherlands Yearbook of International Law* (1982), pp. 265-276). Its coverage has, however, been contracting over the past century, in light of the evolution of international law from a State-centred legal system to one which also protects the rights of human beings vis-à-vis the State.

domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire, évolution qui semble d'ailleurs être reconnue dans le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge relatif à l'article 91 du protocole I:

> «Les ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants, mais, à titre exceptionnel, peuvent être aussi des pays neutres, en cas de violation des règles de la neutralité ou de comportement illicite à l'égard de ressortissants neutres sur le territoire d'une Partie au conflit... Mais on peut relever, depuis 1945, une tendance à reconnaître l'exercice de droits individuels.» (Voir le site Internet du CICR, www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750117, par. 3656 et 3657.)

19. Il est donc permis d'avancer que ni l'article 3 de la convention IV de La Haye ni, d'ailleurs, l'article 91 du protocole I n'excluent le droit des particuliers de formuler des demandes d'indemnisation à raison de dommages découlant de violations du droit international humanitaire, et ce, même si la pratique des Etats consiste, depuis fort longtemps, à établir des mécanismes bilatéraux par le biais de traités de paix et d'autres accords, les questions d'indemnisation étant traitées par l'Etat dont les nationaux ont subi un dommage du fait de telles violations.

20. La question se pose toutefois de savoir ce qu'il advient lorsque certaines victimes de violations du droit international humanitaire — violations à l'égard desquelles l'Etat étranger a reconnu sa responsabilité — ne sont pas couvertes par les régimes établis et sont, partant, privées de la possibilité de bénéficier du droit d'être indemnisées à raison desdites violations. L'Etat en cause devrait-il être autorisé à se prévaloir de son immunité devant les tribunaux nationaux pour se soustraire à son obligation de réparation, notamment lorsque leur saisine risque d'être le seul recours dont disposent les victimes? Telle est, selon moi, la question fondamentale que la Cour aurait dû examiner en la présente affaire.

IV. Examen de la portée de l'immunité de l'État et d'un éventuel conflit avec les actions en réparation

21. Mon désaccord avec l'arrêt porte également sur l'approche et le raisonnement de la majorité — que je ne trouve pas convaincants — en ce qui concerne la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction des Etats en droit international, ainsi que les exceptions et dérogations y relatives. Il est vrai que l'immunité de l'Etat est une règle de droit international coutumier et qu'elle ne relève pas simplement de la courtoisie, et ce, bien que certains auteurs ne la perçoivent que comme une exception au principe de la souveraineté territoriale et de la juridiction des Etats (voir, par exemple, R. Higgins, «Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity», *Netherlands Yearbook of International Law*, p. 265-276). Sa portée s'est toutefois réduite au cours du dernier siècle, au fur et à mesure que le droit international passait d'un système juridique centré sur l'Etat à un système protégeant également les droits des êtres humains vis-à-vis de l'Etat.

22. The shrinking of immunity coverage has been spearheaded by the decisions of domestic courts and largely prompted by the growing recognition of the rights of individuals involved in transactions with States or State-owned entities. It was indeed for the purpose of protecting the rights of individuals or juridical persons vis-à-vis States that a restrictive doctrine of immunities was introduced by national courts as early as the nineteenth century. Similarly, the tort exception to immunity has been conceived for the protection of individual rights against States.

23. Thus, although State immunity is important to the conduct of harmonious and friendly relations between States, it is not a rule of law whose coverage is well defined for all circumstances or whose consistency and stability is unimpaired. There is indeed considerable divergence in the manner in which the scope and extent of such immunity is interpreted and applied in the practice of States, and particularly in the judicial decisions of their courts. It is not therefore very persuasive to characterize some of the exceptions to immunity as part of customary international law, despite the continued existence of conflicting domestic judicial decisions on their application, while interpreting other exceptions, similarly based on divergent domestic courts' decisions, as supporting the non-existence of customary norms. This may give the impression of cherry-picking, particularly where the number of cases invoked is rather limited on both sides of the equation.

24. It may, for example, be asked whether the judicial decisions of a handful of domestic courts (see paragraphs 73-74 of the Judgment) could serve to substantiate the existence of customary international law based on State practice which supports the proposition that:

> "State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State" (Judgment, para. 77).

It could equally be asked why more weight should be attached, in terms of the existence of customary law norms, to those decisions as opposed to the Italian and Greek Supreme Courts' decisions (*ibid.*, paras. 27-36). Is customary international law a question of relative numbers?

Would it not have been more appropriate to recognize, in light of conflicting judicial decisions and other practices of States, that customary international law in this area remains fragmentary and unsettled?

25. It should be recalled that even the traditional distinction between *jure gestionis* and *jure imperii*, which is often used for practical purposes to group together certain exceptions, depending on the nature of the acts involved, is far from being universally applied in a uniform manner, since the categorization of certain acts under one class of acts or the other still remains

22. Si les juridictions nationales ont été le fer de lance de la réduction de la portée de l'immunité, cette évolution est aussi, dans une large mesure, due à la reconnaissance croissante des droits des particuliers engagés dans des transactions commerciales avec des Etats ou des entités contrôlées par ceux-ci. De fait, c'est afin de protéger les droits des personnes privées ou morales vis-à-vis des Etats que les juridictions nationales ont adopté, dès le XIX[e] siècle, une conception restrictive des immunités. Il en va de même de l'exception territoriale, conçue pour protéger les droits des individus contre les Etats.

23. Bien qu'elle joue un rôle important dans la conduite de relations harmonieuses et amicales entre les Etats, l'immunité n'est donc pas une règle juridique dont la portée est clairement définie en toutes circonstances ou dont la cohérence et la stabilité sont absolues. Des différences considérables existent en effet dans la manière dont sa portée et son étendue sont interprétées et appliquées par les Etats, notamment par les juridictions nationales. Aussi n'y a-t-il pas grand sens à considérer que certaines exceptions font partie du droit international coutumier alors que leur application continue de donner lieu à des décisions judiciaires nationales divergentes, et à considérer que d'autres, fondées sur des décisions tout aussi contradictoires, étayent l'inexistence de normes coutumières. Pareille approche peut donner l'impression que les décisions retenues, en particulier lorsqu'elles sont relativement peu nombreuses de part et d'autre de la balance, l'ont été par opportunité.

24. L'on peut ainsi se demander si les décisions rendues par une poignée de juridictions nationales (voir paragraphes 73-74 de l'arrêt) peuvent être considérées comme une pratique étatique étayant l'existence d'une règle de droit international coutumier selon laquelle

> «un Etat continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'Etat du for» (arrêt, par. 77).

L'on peut également se demander pourquoi il conviendrait d'accorder, aux fins d'établir l'existence de normes de droit coutumier, davantage d'importance à ces décisions qu'à celles des juridictions supérieures d'Italie et de Grèce (*ibid.*, par. 27-36). Le droit international coutumier n'est-il qu'une question de chiffres?

N'aurait-il pas été plus juste de reconnaître, au vu de décisions judiciaires contradictoires et de pratiques étatiques divergentes, que le droit international coutumier demeure, dans ce domaine, fragmentaire et incertain?

25. Il convient de rappeler que même la distinction classique entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, souvent utilisée pour des raisons pratiques afin de regrouper certaines exceptions en fonction de la nature des actes en cause, est loin d'être appliquée universellement et de manière uniforme, la qualification de certains actes demeurant controversée parmi

a matter of controversy among States and national courts. Moreover, the definition of the basic concept underlying the distinction, namely commercial transactions, remains elusive. In the meantime, the exceptions and derogations to which State immunity is subject keep growing all the time.

26. State immunity is, as a matter of fact, as full of holes as Swiss cheese. Thus, to the extent that customary norms of international law are to be found in the practice and *opinio juris* of States, such practice clearly attests to the fact that the scope and extent of State immunity, particularly in the area of violations of human rights and humanitarian law, which is currently characterized by conflicting decisions of national courts in its interpretation and application, remains an uncertain and unsettled area of international custom, whose contours are ill-defined.

27. These uncertainties cannot adequately be resolved, in my view, through a formalistic exercise of surveying conflicting judicial decisions of domestic courts, which remain sparse as regards human rights and humanitarian law violations arising from armed conflict (or the lack of reparations for such violations), and counting those in favour of applying immunity and those against it. Such a process is unlikely to yield very useful results or to contribute to the clarification of the law in this field. Moreover, State immunity from jurisdiction cannot be interpreted in an abstract manner or applied in a vacuum. The specific features and circumstances of each case, and the factors underlying it, have to be fully taken into account. In the present case, it is claims for reparations for unlawful acts admitted by the responsible State that are at issue, where no alternative means of redress appear to be available. This is the reason why this case is rather unusual, as recognized in the Judgment (para. 60).

28. When jurisdictional immunities come into conflict with fundamental rights consecrated under human rights or humanitarian law, for which a forum State has an obligation to secure and enforce in its territory, and whose realization reflects basic values of the international community, it is much more appropriate to have regard to the manner in which, under contemporary international law, "[a] balance . . . must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community" (see *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal, p. 85, para. 75). In today's world, the use of State immunity to obstruct the right of access to justice and the right to an effective remedy may be seen as a misuse of such immunity.

29. Such a balance has to be sought between the intrinsic functions and purposes of immunity, and the protection and realization of fundamental human rights and humanitarian law principles. The European Court of Human Rights (ECHR) recognized the necessity of balancing the granting of immunity (in the case of international organizations) with

les Etats et les juridictions nationales. De surcroît, la définition de la notion fondamentale qui sous-tend cette distinction, à savoir les transactions commerciales, reste floue. Dans le même temps, les exceptions et dérogations à l'immunité de l'Etat ne cessent de se développer.

26. L'immunité de l'Etat fait, en réalité, penser à un gruyère. Aussi, pour autant que la pratique et l'*opinio juris* des Etats révèlent l'existence de normes coutumières de droit international, il apparaît clairement que la portée et l'étendue de l'immunité de l'Etat, en particulier dans le domaine des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire — qui se caractérise aujourd'hui par des décisions judiciaires nationales contradictoires du point de vue de son interprétation et de son application —, restent un pan de la coutume internationale incertain et changeant, dont les contours sont mal définis.

27. Ces incertitudes ne peuvent, selon moi, être adéquatement levées en s'en tenant à l'examen de décisions judiciaires contradictoires rendues par des juridictions nationales — qui sont d'ailleurs peu nombreuses en ce qui concerne les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire dans le cadre d'un conflit armé (ou l'absence de réparation à raison de telles violations) —, pour ensuite recenser celles qui sont favorables à l'application de l'immunité et celles qui ne le sont pas. Je doute que cette méthode permette d'obtenir des résultats véritablement utiles ou contribue à la clarification du droit dans ce domaine. En outre, l'immunité de juridiction des Etats ne peut être interprétée dans l'abstrait ou appliquée hors de tout contexte; les caractéristiques des différentes affaires, les circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivent, ainsi que les facteurs qui les sous-tendent, doivent être pleinement pris en compte. En l'espèce étaient en cause des demandes de réparation découlant d'actes illicites admis par l'Etat responsable, pour lesquelles aucune autre voie de recours ne semblait disponible. C'est ce qui rendait l'affaire assez inhabituelle, ainsi que cela a d'ailleurs été reconnu dans l'arrêt (par. 60).

28. Lorsque les immunités juridictionnelles entrent en conflit avec certains droits fondamentaux consacrés par les droits de l'homme ou le droit humanitaire, que l'Etat du for a pour obligation de garantir et d'appliquer sur son territoire et dont la réalisation reflète des valeurs fondamentales de la communauté internationale, il est bien plus approprié de s'interroger sur la manière dont, en droit international contemporain, «il faut ... réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale» (voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, opinion individuelle commune de M^me^ Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 85, par. 75). Dans le monde actuel, utiliser l'immunité de l'Etat pour faire obstacle au droit d'accès à la justice et au droit à un recours effectif peut être considéré comme abusif.

29. L'équilibre susmentionné doit être recherché entre les fonctions et l'objet intrinsèques de l'immunité, d'une part, la protection et la réalisation des droits fondamentaux de l'homme et des principes du droit humanitaire, d'autre part. Dans les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme

the right of access to courts and the right to an effective remedy in *Waite and Kennedy* v. *Germany* and *Beer and Regan* v. *Germany* by underlining that:

> "For the Court, a material factor in determining whether granting ESA (the European Space Agency) immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention." (ECHR, *Waite and Kennedy* v. *Germany* (application No. 26083/94, judgment of 18 February 1999, para. 68); and ECHR, *Beer and Regan* v. *Germany* (application No. 28934/95, judgment of 18 February 1999, para. 58).)

30. The assessment of whether, in the present case, immunity should have been granted or could have been denied under international law by the Italian courts cannot exclude, in my view, the application of the general principles underlying human rights and humanitarian law and embodying basic rights such as the right to an effective remedy, the right to compensation for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law, and the right to protection from denial of justice, which are directly relevant to the particular circumstances of the claims submitted to those courts. Nor can the law of State immunity, as raised by the cases before the Italian courts, be interpreted in a way which conflicts with the realization of those rights in the context of contemporary international law. Even more importantly, recourse should be had to those principles, and to an assessment of the proportionality and legitimacy of purpose of granting immunity, when the rules on State immunity or the exceptions to it are either fragmentary or unsettled, such as in the case of human rights or humanitarian law violations for which appropriate reparations have not been made.

31. Such principles include those proclaimed by the United Nations General Assembly as "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law" (resolution 60/147 of 16 December 2005) according to which:

> "11. Remedies for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law include the victim's right to the following as provided for under international law:
>
> *(a)* Equal and effective access to justice;
> *(b)* Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered;
> *(c)* Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms."

(ci-après la «CEDH») a ainsi reconnu la nécessité de mettre en balance l'octroi de l'immunité (dans le cas d'organisations internationales) avec le droit d'accès à la justice et le droit à un recours effectif. Elle a souligné que,

> «pour déterminer si l'immunité de l'ASE [l'Agence spatiale européenne] devant les juridictions allemandes est admissible au regard de la Convention, il import[ait], selon la Cour, d'examiner si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger leurs droits garantis par la Convention» (CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne* (requête n° 26083/94, arrêt du 18 février 1999, par. 68; et affaire *Beer et Regan c. Allemagne* (requête n° 28934/95, arrêt du 18 février 1999, par. 58).

30. L'examen de la question de savoir si, en la présente affaire, le droit international prescrivait aux juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne ou s'il les autorisait à ne pas le faire ne peut, à mon sens, exclure l'application des principes généraux qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire, et consacrent certains droits fondamentaux tels que le droit à un recours effectif, le droit à réparation à raison de dommages subis du fait de violations du droit humanitaire et le droit à la protection contre les dénis de justice, autant de droits pertinents compte tenu des circonstances dans lesquelles s'inscrivaient les actions en cause. Le droit de l'immunité des Etats, tel qu'invoqué dans les affaires soumises aux juridictions italiennes, ne peut pas non plus être interprété d'une façon qui contrarierait la réalisation de ces droits au regard du droit international contemporain. Plus important encore, lorsque les règles régissant l'immunité de l'Etat ou les exceptions à celle-ci se révèlent fragmentaires ou incertaines — comme dans le cas de violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire n'ayant pas donné lieu à une réparation appropriée —, il conviendrait de prendre en considération les principes susmentionnés et d'apprécier l'octroi de l'immunité à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité.

31. Parmi ces principes figurent ceux que l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamés au titre des «[p]rincipes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005. Aux termes de cette résolution,

> «11. Les recours contre les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire comprennent le droit de la victime aux garanties suivantes, prévues par le droit international:
>
> *a)* Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité;
> *b)* Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi;
> *c)* Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation.»

The UN basic principles further provide that:

> "12. A victim of a gross violation of international humanitarian law . . . shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law."

32. In explaining the provisions of the General Assembly resolution, the United Nations Special Rapporteur Theo van Boven noted that:

> "From the outset the Principles and Guidelines were based on the law of State responsibility . . . It was argued, however, by some Governments that the Articles on State responsibility were drawn up with inter-State relations in mind and would not per se apply to relations between States and individuals. This argument was countered in that it ignored the historic evolution since the Second World War of human rights having become an integral and dynamic part of international law as endorsed by numerous widely ratified international human rights treaties. It was also said to ignore that the duty of affording remedies for governmental misconduct was so widely acknowledged that the right to an effective remedy for violations of human rights and *a fortiori* of gross human rights violations, may be regarded as forming part of customary international law." (Theo van Boven, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, United Nations Audiovisual Library of International Law, pp. 1-2.)

33. Similarly, the Report of the United Nations Commission on Darfur states that:

> "at present whenever a gross breach of human rights is committed which also amounts to an international crime, customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on the States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as *de jure* or *de facto* organs, to make reparations (including compensation) for the damage done" (*Report of the International Commission of Enquiry on Darfur*, 25 January 2005, paras. 598-599).

34. Among the three categories of Italian victims of unlawful acts committed by the Nazi régime mentioned in paragraph 52 of the Judgment, the Court highlights in particular the plight of the Italian military internees (IMIs) who were excluded by Germany from eligibility for reparations on the ground that prisoners of war were not entitled to compensation for

Il est ensuite précisé que

> «12. [l]es victimes d'une violation flagrante du droit international ... humanitaire auront, dans des conditions d'égalité, accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international.»

32. Lorsqu'il a présenté les dispositions de cette résolution de l'Assemblée générale, le rapporteur spécial de l'Organisation des Nations Unies, Theo van Boven, a relevé ce qui suit:

> ««Les principes et directives» ont, dès le départ, été fondés sur le droit de la responsabilité de l'Etat... Certains gouvernements ont toutefois soutenu que les articles sur la responsabilité de l'Etat avaient été conçus pour régir les relations interétatiques et qu'ils ne devaient pas, *per se*, s'appliquer aux relations entre les Etats et les individus. Cet argument a été contesté en ce qu'il ne tenait pas compte de l'évolution intervenue depuis la seconde guerre mondiale dans le domaine des droits de l'homme, lesquels constituent désormais une partie intégrante et dynamique du droit international, ce qu'attestent les très nombreux traités internationaux, largement ratifiés, qui ont été conclus dans ce domaine. Il a également été avancé que cet argument ne tenait pas compte du fait que l'obligation d'accorder réparation à raison d'une faute de l'Etat était si largement reconnue que le droit à un recours effectif à raison de violations des droits de l'homme et, *a fortiori*, de violations graves des droits de l'homme pouvait être considéré comme faisant partie du droit international coutumier.» (Theo van Boven, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Bibliothèque audiovisuelle sur le droit international de l'Organisation des Nations Unies, p. 1-2.)

33. De même, dans le rapport de la commission des Nations Unies sur le Darfour, il est précisé que,

> «à l'heure actuelle, ... en cas de violation grave des droits de l'homme constituant un crime de droit international, le droit international coutumier non seulement reconnaît la responsabilité pénale des auteurs de la violation, mais aussi impose à l'Etat ou aux États dont ils sont ressortissants ou dont ils sont, en droit ou en fait, les agents l'obligation de réparer (y compris par une indemnisation) le préjudice causé» (*Rapport de la commission internationale d'enquête sur le Darfour*, 25 janvier 2005, par. 598-599).

34. Parmi les trois catégories de victimes italiennes d'actes illicites commis par le régime nazi qui sont mentionnées au paragraphe 52 de l'arrêt, la Cour insiste plus particulièrement sur le sort des internés militaires italiens, auxquels l'Allemagne a refusé d'accorder réparation au motif que les prisonniers de guerre n'avaient pas droit à réparation pour travail

forced labour, although they were, as a matter fact, denied treatment as prisoners of war by the Nazi authorities. Having determined that at least this category of victims had no possibility of receiving compensation from Germany through other mechanisms such as inter-State agreements or the national legislation of Germany, the Court, should have, in my view, conducted an assessment of whether by granting immunity to Germany the Italian courts would have impaired the IMIs' right to reparation, or their access to justice, or their right to an effective remedy for the damages suffered.

35. Immunity is not an immutable value in international law. Its adjustability to the evolution of the international society, and its flexibility, are evidenced by the number of exceptions built gradually into it over the past century, most of which reflect the growing normative weight attached to the protection of the rights of the individual against the State, be that as a private party to commercial transactions with the State or as a victim of tortious acts by State officials. This is not to say that the importance of immunity to the stability of relations among States or to the orderly allocation and exercise of jurisdiction in proceedings concerning States has been weakened. Immunity continues to perform those functions, despite the growing number of exceptions.

36. The granting or denial of immunity by domestic courts, in cases involving claims arising from international crimes where the law of State immunity, and exceptions thereto, is still uncertain or unsettled, requires a contextual assessment not only to ensure the proper characterization of the nature of the claims involved, but also to review the effect that such a decision may have on other normative values to which the international community attaches similar importance. It is indeed widely recognized in the jurisprudence of domestic courts that, before ruling on the existence of immunity as a right of the foreign State, a review of the underlying factors of the case has to be conducted to determine whether or not an exception applies (see, for example, *Conrades* v. *United Kingdom* (1981), 65 *ILR* 205 (Hanover Labour Court); *Farouk Abdul Aziz* v. *Yemen* (2005) the Court of Appeal (Civil Division) of England, [2005] EWCA civ 745, paras. 61-62; Supreme Court of Canada, *Kuwait Airways Corp.* v. *Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 *SCR* 571, para. 33). In this context, the *Cour de cassation* in France declared, in the *Bucheron* case, that:

> "whereas the jurisdictional immunity of foreign States, while automatic, is only relative and admits some exceptions; whereas, therefore, the court before which it is invoked must assess its validity in the light of the merits of the case, in order to determine whether or not there is cause to uphold the special motion to dismiss" (No. 02-45961, 16 December 2003, *Bull. civ.*, 2003, No. 258, p. 206). *[Translation by the Registry.]*

forcé, et ce, alors même que les intéressés s'étaient vu, dans les faits, refuser le statut de prisonnier de guerre par les autorités nazies. Ayant établi que cette catégorie de victimes au moins n'avait pas la possibilité d'obtenir réparation de l'Allemagne par le biais d'autres mécanismes, tels que des accords interétatiques ou la législation nationale de ce pays, la Cour aurait dû, selon moi, se demander si l'octroi de l'immunité à l'Allemagne par les juridictions italiennes aurait porté atteinte au droit à réparation des internés militaires, à leur droit d'accès à la justice ou à leur droit à un recours effectif à raison des dommages subis.

35. L'immunité n'est pas une valeur immuable du droit international. Son adaptabilité à l'évolution de la société internationale, ainsi que sa souplesse, sont attestées par le nombre d'exceptions qui se sont progressivement fait jour au cours du dernier siècle, la plupart reflétant le poids normatif croissant attaché à la protection des droits des particuliers vis-à-vis de l'Etat, que ce soit lorsque ceux-ci participent à titre privé à des transactions commerciales avec lui ou lorsqu'ils sont victimes d'actes dommageables commis par ses représentants. Cela ne signifie pas que l'importance du rôle que joue l'immunité aux fins de la stabilité des relations interétatiques ou d'une attribution et d'un exercice rationnels de la compétence dans les affaires impliquant des Etats ait été affaiblie. En dépit du nombre croissant d'exceptions, l'immunité continue en effet de remplir ces fonctions.

36. Lorsque le droit de l'immunité de l'Etat et les exceptions y relatives demeurent incertains et changeants, l'octroi ou non de l'immunité par les juridictions nationales dans des affaires se rapportant à des demandes découlant de crimes internationaux nécessite un examen contextuel non seulement pour que soit donnée la qualification juridique appropriée aux demandes en cause, mais également pour que puisse être appréciée l'incidence que cela pourrait avoir sur d'autres valeurs normatives auxquelles la communauté internationale attache une importance similaire. De fait, il est largement admis dans la jurisprudence nationale que, avant de se prononcer sur l'existence de l'immunité en tant que droit de l'Etat étranger, le tribunal saisi doit examiner les éléments sous-tendant l'affaire afin de déterminer si une exception s'applique ou non (voir, par exemple, *Conrades c. Royaume-Uni* (1981), *ILR*, vol. 65, p. 205 (tribunal des prud'hommes de Hanovre); *Farouk Abdul Aziz c. Yémen* (2005), [2005] EWCA, civ 745, par. 61-62 (cour d'appel d'Angleterre, chambre civile); *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 *RCS* 571, par. 33 (Cour suprême du Canada)). A cet égard, la Cour de cassation française a déclaré ce qui suit en l'affaire *Bucheron*:

> «attendu que l'immunité de juridiction des Etats étrangers, bien qu'étant de principe, n'est que relative et connaît des exceptions; qu'il en résulte que la juridiction devant laquelle elle est invoquée est dans la nécessité d'en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige pour décider s'il y a lieu d'accueillir ou non cette fin de non-recevoir d'une nature particulière» (n° 02-45961, 16 décembre 2003, *Bull. civ.*, 2003, n° 258, p. 206).

37. Thus, the preliminary nature of immunity from jurisdiction does not preclude national courts, in this case the Italian courts, from assessing the context in which the claim has been made to ensure a proper legal characterization of the acts for which immunity is claimed, and where necessary, to balance the different factors underlying the case to determine whether the court has jurisdiction.

38. In the present case, Germany's arguments revolved around the idea that there is no relevant limitation on the immunity to which a State is entitled in respect of *acta jure imperii* in the sense that:

> "[n]o general practice, supported by *opinio juris*, exists as to any enlargement of the derogation from the principle of State immunity in respect of violations of humanitarian law committed by military forces during an armed conflict" (Memorial of Germany, para. 55).

According to Germany,

> "[t]he practice regarding the settlement of war claims is very consistent. Such claims are generally settled under international treaties in the relationship between the States concerned. Specifically with regard to all the claims resulting from World War II, this traditional course was followed." *(Ibid.)*

39. Italy, on the other hand, maintained that:

> "The ongoing German denial of appropriate and effective reparation to a large number of Italian victims of IHL committed by German authorities during the final part of the Second World War, as recognized and renewed by Germany through the 1961 Agreements as well as subsequent unilateral measures, needed to be addressed." (Counter-Memorial of Italy, para. 6.15.)

In the view of the Italian side:

> "Italian judges, facing such a blatant and long-lasting denial of reparation in violation of all relevant rules of international law, could not simply turn down victims' claims by recognizing the principle of State immunity. Clearly, the judges had the feeling that by applying a purely procedural principle in the face of the gravity of crimes for which no reparation has yet been made, they would create a typical situation of denial of justice. Had Italian courts granted immunity they would have put a full stop to the entire question of reparation to thousands of victims. They would have effectively denied any possibility for these claims to achieve any objective. On the contrary, they had very serious justifications for setting aside the immunity of Germany and verifying whether the claims were substantiated on the merits." (*Ibid.*, para. 6.16.)

37. Le caractère préliminaire de la question de l'immunité de juridiction n'empêche donc pas les tribunaux nationaux — en l'espèce, italiens — d'examiner le contexte par rapport auquel la réclamation a été formulée afin de donner une qualification juridique appropriée aux actes à l'égard desquels l'immunité est revendiquée, et, lorsque cela est nécessaire, de mettre en balance les différents éléments sous-tendant l'affaire en vue de déterminer s'ils sont ou non compétents.

38. En la présente espèce, les arguments de l'Allemagne s'articulaient autour de l'idée selon laquelle aucune limitation à l'immunité dont jouit un Etat en ce qui concerne les actes *jure imperii* n'était applicable, en ce sens que

> «il n'existe pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des Etats aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces armées pendant un conflit armé» (mémoire de l'Allemagne, par. 55).

Toujours selon l'Allemagne,

> «[l]a pratique relative au règlement des réclamations nées d'un conflit armé est parfaitement constante. Les traités internationaux régissant les relations entre les Etats intéressés contiennent généralement des dispositions relatives au règlement de ces demandes d'indemnisation. Les réclamations résultant de la seconde guerre mondiale, en particulier, ont toutes été réglées par cette voie traditionnelle.» *(Ibid.)*

39. L'Italie a, quant à elle, soutenu ce qui suit:

> «Le refus d'une réparation appropriée et effective que l'Allemagne continue d'opposer à un grand nombre de victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire commises par les autorités allemandes au cours de la dernière période de la seconde guerre mondiale, qui ont été reconnues et confirmées par l'Allemagne moyennant les accords de 1961 et des mesures unilatérales prises par la suite, devait être examiné.» (Contre-mémoire de l'Italie, par. 6.15.)

Et l'Italie d'ajouter:

> «Face à un refus de réparation aussi flagrant et prolongé en violation de toutes les règles pertinentes du droit international, les juges italiens ne pouvaient simplement rejeter les actions des victimes en reconnaissant le principe de l'immunité des Etats. Il est clair que, au vu de la gravité des crimes qui n'avaient pas encore donné lieu à une réparation, les juges avaient le sentiment qu'en appliquant un principe de nature purement procédurale ils feraient naître une situation classique de déni de justice. Si les juridictions italiennes avaient accordé l'immunité, elles auraient mis un point final à l'ensemble de la question de la réparation pour des milliers de victimes. Elles auraient en effet exclu toute possibilité que ces actions aboutissent à un quelconque résultat. En revanche, elles avaient des justifications très sérieuses pour écarter l'immunité de l'Allemagne et vérifier si les demandes étaient justifiées au fond.» (*Ibid.*, par. 6.16.)

40. The issue of the possible conflict between State immunity and reparations arising from violations of humanitarian law has recently been dealt with in a report and a resolution of the Institut de droit international. In introducing the report, which was titled "The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction of States" to the Naples Session of the Institut in 2009, Lady Fox stated that

> "a further difficulty arose as regards State immunity, namely whether it was illogical and possibly morally unjustifiable that an individual official might currently be subject to criminal persecution in national courts but that the State which ordered the acts might be sheltered by immunity from civil proceedings for reparation for the consequences of such crimes" (*Annuaire de l'Institut de droit international, session de Naples*, Vol. 73, p. 110).

41. In its resolution on the report presented by Lady Fox, the Institut considered among other things, "the underlying conflict between immunity from jurisdiction of States and their agents, and claims arising from international crimes" and made two statements which are relevant to the issues in dispute before the Court. First, it is recognized, in a preambular paragraph, that "the removal of immunity from proceedings in national courts is one way by which effective reparation for the commission of international crimes may be achieved". Secondly, it is stated in paragraph 2, of Article II, on Principles that: "Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this resolution are entitled." (*Ibid.*, pp. 228-230.)

42. I believe that these statements reflect the current state of international law as regards the relationship between State immunity and claims for reparations arising from unlawful acts committed in the course of an armed conflict, particularly in exceptional circumstances such as those faced by the Italian victims of atrocities committed by the Third Reich during the Second World War where no other means of redress appear to be available. The statements cannot be taken to mean, in my view, that immunity should be set aside whenever claims for reparation of crimes committed by the agents of a foreign State are submitted to domestic courts. They rather indicate the necessity of appropriate and effective reparations to victims of crimes, and that immunity should not be an obstacle to such reparation in those exceptional circumstances where no other means of redress is available. This is a very limited exception to immunity bounded by the special circumstances arising from the lack of other remedial avenues for the victims. The manner in which these considerations could be applied to the present case is discussed in paragraphs 49-54 below.

40. La question du conflit pouvant exister entre l'immunité de l'Etat et les réparations dues à raison de violations du droit humanitaire a récemment fait l'objet d'un rapport et d'une résolution de l'Institut de droit international. Lorsqu'elle a présenté ce rapport, intitulé «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international», à la session de Naples de l'Institut en 2009, lady Fox a déclaré ce qui suit:

> «une difficulté supplémentaire s'est fait jour en ce qui concerne l'immunité de l'Etat: était-il illogique, voire injustifiable d'un point de vue moral, qu'un représentant de l'Etat puisse aujourd'hui faire l'objet de poursuites pénales devant les juridictions nationales tandis que l'Etat ayant ordonné les actes en cause pourrait, lui, s'abriter derrière son immunité de juridiction civile pour ce qui est des réparations dues à raison de tels crimes?» (*Annuaire de l'Institut de droit international, session de Naples*, vol. 73, p. 110).

41. Dans la résolution qu'il a adoptée sur la base du rapport présenté par lady Fox, l'Institut s'est notamment intéressé au «conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part», et a formulé deux observations pertinentes en ce qui concerne les questions dont la Cour a eu à connaître en l'espèce. Premièrement, il a reconnu, dans un alinéa du préambule, que «la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales [était] un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective». Deuxièmement, il a indiqué, au paragraphe 2 de l'article II, consacré aux principes, que «[l]es immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate [à laquelle] ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution» (*ibid.*, p. 228-230).

42. Ces observations reflètent selon moi l'état actuel du droit international en ce qui concerne le lien entre immunité de l'Etat et demandes de réparation découlant d'actes illicites commis au cours d'un conflit armé, en particulier dans des circonstances aussi exceptionnelles que celles auxquelles ont été confrontées les victimes italiennes d'atrocités commises par le III[e] Reich pendant la seconde guerre mondiale, qui ne semblaient disposer d'aucune autre voie de recours. Elles ne sauraient toutefois être interprétées comme signifiant que l'immunité doit être écartée chaque fois que des demandes de réparation à raison de crimes commis par les agents d'un Etat étranger sont présentées à des juridictions nationales. Ces observations visent plutôt à souligner la nécessité d'accorder une réparation appropriée et effective aux victimes, l'immunité ne devant pas y faire obstacle lorsque, à titre exceptionnel, aucune autre voie de recours n'est disponible. Il s'agit là d'une exception à l'immunité fort limitée, circonscrite par les circonstances spéciales liées à l'absence d'autres voies de recours. La manière dont il aurait pu être tenu compte de ces considérations en la présente affaire est examinée aux paragraphes 49 à 54 ci-dessous.

V. Domestic Courts, State Immunity and the Right to Reparation for Violations of International Humanitarian Law Committed in the Forum State

43. The law relating to State immunity has historically evolved through the decisions of domestic courts. It is in such domestic courts that the nature and scope of State immunity has most often been determined and developed over the ages. It is to them that we owe the distinction between *jure gestionis* and *jure imperii* as well as other derogations and exceptions to State immunity. Divergences and conflicts in the interpretation and application of the law to specific circumstances are bound to arise in such a diversified setting. It is not therefore surprising that many aspects of these exceptions and derogations remain unsettled.

44. The decisions of the Italian courts, as well as the *Distomo* decision in Greece, may be viewed as part of a broader evolutionary process, in the context of judicial decisions by domestic courts, which has given rise to a number of exceptions to the jurisdictional immunity of States, such as the tort exception, the employment exception and the intellectual property exception. The question of course may be asked whether any of these exceptions should have been considered as violations of international law when they were first established by one or two national courts, given the unsettled nature of the scope and extent of State immunity in customary international law at the time of the decision.

45. In this connection, it is of particular interest that the Court refers approvingly to the 1961 judgment of the Supreme Court of Austria in *Holubek* v. *Government of the United States of America* (*ILR*, Vol. 40, 1962, p. 73), which may have been one of the first decisions to recognize the notion of tort exception to State immunity. One could perhaps try to imagine the fate of this important exception, which is now widely applied and has been codified into all the existing conventions on State immunity, had the Austrian judgment been found to be in violation of the law of State immunity by an international judicial body in the mid-sixties. A nascent norm, which has come to reflect a widely held *opinio juris* and State practice, would have been undoubtedly nipped in the bud.

46. As Lord Denning commented with respect to the exception of *acta jure gestionis*: "Whenever a change is made, someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood." (Quoted in *Brohmer, State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, p. 20, note 85.)

47. Certain rules of international law may remain in a grey zone, and their existence may be debated in legal scholarship, until such time as a court of law — in the case of State immunities, a domestic court of law —

V. JURIDICTIONS NATIONALES, IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET DROIT À RÉPARATION À RAISON DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COMMISES DANS L'ÉTAT DU FOR

43. Le droit relatif à l'immunité de l'Etat a évolué au fil des années du fait des décisions rendues par les juridictions nationales. Ce sont ces tribunaux qui, le plus souvent, ont déterminé et précisé la nature et la portée de l'immunité de l'Etat. C'est à eux que nous devons la distinction entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, ainsi que d'autres dérogations et exceptions à l'immunité de l'Etat. Etant donné la diversité de ces juridictions, certaines divergences et certains conflits quant à l'interprétation et à l'application de ce droit à des circonstances spécifiques existent nécessairement. Aussi n'est-il pas surprenant que de nombreux aspects de ces exceptions et dérogations demeurent incertains.

44. Les décisions des tribunaux italiens tout comme l'arrêt *Distomo* rendu en Grèce peuvent être considérés comme s'inscrivant dans un processus d'évolution plus général, où les décisions des juridictions nationales ont donné naissance à un certain nombre d'exceptions à l'immunité de juridiction des Etats, telles que l'exception territoriale, l'exception en matière d'emploi et l'exception en matière de propriété intellectuelle. On peut bien sûr se demander si, compte tenu du caractère incertain de la portée et de l'étendue de l'immunité de l'Etat en droit international coutumier à l'époque où les décisions pertinentes ont été rendues, ces exceptions auraient dues être considérées comme contraires au droit international lorsqu'elles ont été énoncées pour la première fois par une ou deux juridictions nationales.

45. A cet égard, il est particulièrement intéressant que la Cour renvoie, en y souscrivant, à l'arrêt rendu en 1961 par la Cour suprême d'Autriche en l'affaire *Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique* (*ILR*, vol. 40, 1962, p. 73), lequel est sans doute l'un des premiers à avoir reconnu la notion d'exception territoriale à l'immunité de l'Etat. Quel aurait été le sort de cette importante exception — qui est aujourd'hui largement appliquée et a été codifiée dans toutes les conventions existantes sur l'immunité de l'Etat — si l'arrêt de la Cour suprême d'Autriche avait été jugé contraire au droit de l'immunité de l'Etat par un organe judiciaire international au milieu des années 1960? Une norme naissante, qui reflète aujourd'hui une *opinio juris* et une pratique étatique largement répandues, aurait alors assurément été tuée dans l'œuf.

46. Ainsi que lord Denning l'a fait observer en ce qui concerne l'exception relative aux actes *jure gestionis*, «[c]haque fois qu'un changement intervient, c'est parce que quelqu'un a fait, à un moment donné, le premier pas. Un pays peut enclencher seul le processus, et être ensuite suivi par d'autres. Les petits ruisseaux font les grandes rivières.» (Cité dans *Brohmer, State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, p. 20, note 85.)

47. Certaines règles du droit international peuvent demeurer incertaines et voir leur existence faire l'objet de débats dans la doctrine, jusqu'à ce qu'une juridiction — nationale, dans le cas des immunités de l'Etat —

clarifies their status and establishes their legal quality. This has happened many times with respect to the exceptions and derogations to State immunity. It is not indeed through diplomatic exchanges, or through the conclusion of conventions, or even through the pronouncements of international judicial or arbitral bodies that the exceptions and derogations to State immunity have developed. It has most often occurred through single, and sometimes isolated, domestic court decisions, which gradually turned mainstream.

48. Thus, in the area of State immunity it is not to be excluded that such domestic courts may be performing a law-development function, even when their decisions are not yet shared by other jurisdictions or are considered, at first sight, not to conform to what may have hitherto been viewed as State practice. The Court itself appears to recognize the potential of domestic courts for further development of the law of immunity through its references to certain judicial decisions which were the first to formulate some of the derogations and exceptions to State immunity.

49. In his report to the Institut de droit international on "The Activities of National Judges and the International Relations of Their State", Professor Benedetto Conforti stated the following:

> "In Articles 4-7 of the draft resolution, the independence of national courts . . . is considered in relation to the various sources of international law. Beginning with customary law, it does not seem that there has ever been any doubt that national courts, when they are called upon to apply a customary rule, are fully independent with respect to its ascertainment. There are, however, at least two aspects of such ascertainment which have a rather problematic nature: one concerns the court's participation in the formation and modification of customary law . . .
>
> As far as the first aspect is concerned, we can say, in keeping with the main trend in domestic case law, that the courts are able to review whether a customary rule corresponds to the exigencies of equity and justice, and if it does not, to refuse to apply it, provided that such course of action has a basis in State practice, even if it is still fragmentary and at a formative stage."

He then added:

> "To conclude on this point, we can say that the judge may refuse to apply an international customary norm or consider it wholly or in part modified if he ascertains the existence of an *opinio necessitates* in this sense, and if the extinction of the norm or the formation of a new norm has its basis in an international and/or domestic practice, even if such practice is fragmentary." (Provisional Report, Part 2 — Judicial Independence and the Sources of International Law, pp. 386-387.)

clarifie leur statut et établisse leur nature juridique. Cela s'est produit à de nombreuses reprises pour les exceptions et dérogations à l'immunité de l'Etat. En effet, ce n'est pas au travers d'échanges diplomatiques ou par la conclusion de conventions, ni même par des décisions internationales ou sentences arbitrales, qu'elles se sont développées. Leur évolution a le plus souvent résulté d'un très petit nombre de décisions, voire de décisions isolées, rendues par des juridictions nationales, qui ont peu à peu été généralement acceptées.

48. Il n'est dès lors pas à exclure que, dans le domaine de l'immunité de l'Etat, les juridictions nationales puissent participer au développement du droit, et ce, même lorsque leurs conclusions ne sont pas partagées par d'autres tribunaux ou sont perçues, *prima facie*, comme n'étant pas conformes à ce qui était jusqu'alors considéré comme étant la pratique étatique. En se référant à des décisions judiciaires dans lesquelles certaines dérogations et exceptions à l'immunité de l'Etat ont été formulées pour la première fois, la Cour semble elle-même reconnaître que les tribunaux nationaux peuvent jouer un rôle dans le développement futur de cette branche du droit.

49. Dans le rapport qu'il a présenté à l'Institut de droit international intitulé «L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat», le professeur Benedetto Conforti a déclaré ce qui suit:

> «Aux articles 4 à 7 du projet de résolution, l'indépendance des juridictions nationales ... est examinée au regard des différentes sources du droit international. Pour ce qui est tout d'abord du droit coutumier, il n'y a jamais eu de doute, semble-t-il, que les tribunaux nationaux, lorsqu'ils sont appelés à appliquer une règle coutumière, jouissent d'une liberté d'appréciation totale. A cet égard, deux aspects au moins posent toutefois problème: le premier a trait à la participation de ces juridictions à la formation et à l'évolution du droit coutumier...
>
> S'agissant du premier aspect, nous pouvons considérer, en nous en tenant à la tendance dominante dans la jurisprudence nationale, que les juridictions peuvent examiner la question de savoir si une règle coutumière répond aux exigences d'équité et de justice et, si tel n'est pas le cas, refuser de l'appliquer, à condition toutefois que ce choix soit étayé par la pratique étatique, quand bien même celle-ci serait encore fragmentaire et en cours de formation.»

Et M. Conforti d'ajouter:

> «Pour conclure sur ce point, nous pouvons dire que le juge est fondé à refuser d'appliquer une norme coutumière internationale ou à estimer qu'elle est totalement ou partiellement modifiée s'il constate l'existence d'une *opinio necessitates* en ce sens, et si l'extinction de cette norme ou l'émergence d'une norme nouvelle trouve son origine dans une pratique internationale et/ou nationale, même fragmentaire.» (Rapport provisoire, deuxième partie, L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat, p. 386-387.)

50. Both the rules on State immunity and the entitlement of individuals to reparations following the commission by State agents of international crimes are undergoing transformation. The Institut de droit international recognized as much in its above-mentioned Naples resolution in which reference was made to "the underlying conflict between immunity from jurisdiction of States and their agents and claims arising from international crimes". Such conflict did not exist in the past. It is of recent origin. It has arisen as a result of a widely held view in the international community (some sort of an *opinio juris necessitates*) according to which State immunity should not be used as a screen to avoid reparations to which victims of crimes are entitled. This is the situation in my view with which the Italian "Corte di Cassazione" was faced in the *Ferrini* case and in subsequent cases.

51. The assertion of jurisdiction by domestic courts for a failure to make reparations for serious breaches of the law of armed conflict admitted by the responsible State, particularly where no other means of redress is available, could not, in my view, harm the independence or the sovereignty of another State. It simply contributes to the crystallization of an emerging exception to State immunity, which is based on the principles underlying human rights and humanitarian law and on the widely-held *opinio juris* of ensuring the realization of those rights, including the right to an effective remedy, in those circumstances where the victims would have no other means of redress.

52. Recognizing that a failure to make reparations for war crimes or crimes against humanity may result in non-immunity before domestic courts, particularly when no other means of redress is available, is not so much about further narrowing the scope of State immunity, but about bringing it in line with the growing normative weight attached by the international community to the protection of human rights and humanitarian law, and the realization of the right to effective remedy for human beings. It could also have a deterrent effect on the non-observance of humanitarian law by States.

53. I am not sure that it is sufficient to state, in the context of the exceptional circumstances surrounding the claims of the Italian victims for reparations, that: "the fact that immunity may bar the exercise of jurisdiction in a particular case does not alter the applicability of the substantive rules of international law" (Judgment, para. 100). A question that may arise, in this context, is whether, if immunity were granted in such a case, the defendant State would be under an obligation to afford an alternative remedy to the victims of the breaches to which it has admitted? This is an important question to which an answer should have been provided in the proceedings or in the Judgment. Moreover, it is doubtful whether a responsibility that does not afford a means of redress or a remedial context within which the claims may be settled can be of much use to such victims.

50. Tant les règles régissant l'immunité de l'Etat que le droit individuel à réparation à raison de crimes internationaux commis par des agents de l'Etat sont en pleine évolution. L'Institut de droit international l'a reconnu dans la résolution de Naples susmentionnée, dans laquelle il a fait référence au «conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part». Ce conflit n'existait pas par le passé, mais s'est fait jour récemment. Il est né de l'opinion largement répandue dans la communauté internationale (manière d'*opinio juris necessitates*) selon laquelle l'immunité de l'Etat ne devrait pas être utilisée comme un rempart contre les réparations auxquelles ont droit les victimes de tels crimes. Telle est, selon moi, la situation à laquelle s'est trouvée confrontée la «Corte di Cassazione» dans l'affaire *Ferrini* et les affaires qui ont suivi.

51. Qu'une juridiction nationale se déclare compétente en raison d'un défaut de réparation de violations graves du droit des conflits armés reconnues par l'Etat responsable, en particulier lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, ne saurait, selon moi, porter atteinte à l'indépendance ou à la souveraineté des Etats. Cela contribue simplement à la cristallisation d'une exception à l'immunité de l'Etat en devenir, exception fondée sur les principes qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire ainsi que sur l'*opinio juris* largement répandue selon laquelle il convient de veiller à la réalisation de ces droits, y compris le droit à un recours effectif, lorsque les victimes ne bénéficient d'aucune autre voie de recours.

52. Reconnaître qu'un défaut de réparation à raison de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité peut conduire à priver un Etat de son immunité devant les juridictions nationales, notamment lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, ne revient pas à limiter davantage la portée de l'immunité de l'Etat; cela permet de la faire concorder avec l'importance normative croissante que la communauté internationale attache à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire, ainsi qu'avec la réalisation du droit à un recours effectif pour tout être humain. Cela pourrait également dissuader les Etats de ne pas respecter le droit humanitaire.

53. Compte tenu des circonstances exceptionnelles dans lesquelles s'inscrivaient les demandes de réparation des victimes italiennes, je ne suis pas convaincu qu'il suffise de dire que «le fait que l'immunité puisse faire obstacle à l'exercice de la compétence judiciaire dans une affaire donnée est sans incidence sur l'applicabilité des règles matérielles du droit international» (arrêt, par. 100). L'une des questions qui peut se poser à cet égard est celle de savoir si, dans l'hypothèse où l'immunité serait accordée dans une affaire de cette nature, l'Etat défendeur serait tenu d'offrir aux victimes des violations qu'il a reconnues une autre voie de recours. Il s'agit là d'une question importante, à laquelle une réponse aurait dû être apportée en cours d'instance ou dans l'arrêt. De plus, je doute qu'une mise en cause de la responsabilité n'offrant ni voie de recours ni système de réparation serait réellement utile aux victimes.

54. The above arguments do not imply that each time there is a claim for reparation of breaches of international humanitarian law or human rights, the domestic courts of the State where the breaches had been committed, are entitled to set aside the immunity of the State responsible for such breaches. This may result in countless lawsuits that may overwhelm both the judicial system of the State where the claims are made and the governmental machinery of the responsible State. Moreover, in addition to the traditional inter-State or compensation mechanisms of the past mentioned above, new practices have been developed at the international level in recent years, such as the United Nations Compensation Commission for Iraq, instituted by the Security Council by resolution 687 (1991), and the Claims Commission instituted by the Agreement of 12 December 2000 between Ethiopia and Eritrea, to offer the possibility of compensation to victims of breaches of international law.

55. Although the claims of individuals before such commissions must be put forward by States, what matters most is the availability of a remedial context to which such claims for reparations are assigned, and where an effective means of redress can be obtained. It is only where reparations for certain categories of victims, as in the Italian cases, are not covered by inter-State compensation schemes, by other international mechanisms, or by the legislation of the responsible State, and the victims concerned have, so to say, fallen through the cracks of the system, that the courts of the forum are, in my view, entitled to offer an alternative and "ultimate" means of redress, and an effective remedy to the victims of grave breaches of humanitarian law, to avoid a denial of justice. The "underlying conflict" to which reference was made in the Naples resolution of the Institut de droit international should, in such exceptional circumstances, be resolved in favour of the victims of grave breaches of international humanitarian law.

VI. Final Observations

56. The core issue in this dispute was not that in each and every case of an alleged violation of human rights or humanitarian law, immunity should be derogated from, or that there is, generally speaking, a human rights or humanitarian law exception to jurisdictional immunity. The core issue was whether, in those exceptional circumstances where immunity may prevent the victims of international crimes from obtaining an effective remedy or where no other means of redress is available, such immunity should be granted or set aside by domestic courts. In other words, where reparation has not been assigned to another contextual remedy, should immunity be used as a screen to ward off the obligation to make reparations to the victims before domestic courts?

54. Ces observations ne doivent pas être interprétées comme signifiant que les juridictions de l'Etat dans lequel les violations en cause ont été commises ont le droit d'écarter l'immunité de l'Etat responsable chaque fois que leur est présentée une demande de réparation à raison de crimes au regard du droit international ou des droits de l'homme. Cela risquerait en effet non seulement de donner lieu à d'innombrables procès et d'engorger le système judiciaire de l'Etat dans lequel ces actions seraient engagées, mais aussi de gripper la machine gouvernementale de l'Etat responsable. De surcroît, outre les mécanismes interétatiques ou d'indemnisation traditionnellement utilisés, et rappelés ci-dessus, de nouvelles pratiques se sont développées sur le plan international ces dernières années — telles que la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour l'Iraq, instituée par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, et la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, créée en vertu de l'accord du 12 décembre 2000 — afin de permettre aux victimes de violations du droit international d'obtenir réparation.

55. Bien que ce soit aux Etats qu'il incombe de présenter les demandes des particuliers devant ces commissions, l'important est qu'il existe un mécanisme de réparation devant lequel celles-ci peuvent être portées, mécanisme offrant une voie de recours effective. Ce n'est que lorsque l'indemnisation de certaines catégories de victimes, comme dans les affaires italiennes, n'est prévue par aucun régime interétatique d'indemnisation, par aucun autre mécanisme international ni par la législation de l'Etat responsable, et lorsque les victimes concernées ont, pour ainsi dire, fait les frais d'une faille du système, que les juridictions de l'Etat du for sont, selon moi, fondées à offrir une voie de recours autre et «ultime», ainsi qu'un recours effectif, aux victimes de violations graves du droit humanitaire, et ce, afin d'éviter un déni de justice. Le «conflit latent» auquel il était fait référence dans la résolution de Naples de l'Institut de droit international devrait, dans des circonstances aussi exceptionnelles, être tranché en faveur des victimes de violations graves du droit international humanitaire.

VI. Observations finales

56. La question essentielle qui se posait en l'espèce n'était pas de savoir si, chaque fois qu'une affaire se rapporte à des violations alléguées des droits de l'homme ou du droit humanitaire, il devrait être dérogé à l'immunité ou s'il existerait, d'une manière générale, une exception à l'immunité de juridiction en matière de droits de l'homme ou de droit humanitaire. La question essentielle était de savoir si, dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'immunité risque de priver les victimes de crimes internationaux d'un recours effectif ou lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, l'immunité devrait être accordée ou écartée par les juridictions nationales. Autrement dit, lorsque la réparation n'a pas été prévue par le biais d'un mécanisme spécifique, l'immunité devrait-elle être utilisée, devant les juridictions nationales, comme un rempart contre l'obligation d'accorder réparation aux victimes?

57. I believe that, in such a case, by lifting the bar of immunity in the very limited way suggested above (paras. 49-54 *supra*), humanitarian law would be better enforced and the human rights-based values of the international community as a whole would be better protected.

58. As the principal judicial organ of the United Nations, the Court has an important role to play to provide guidance on rules of international law and to clarify them, particularly where the law is uncertain or unsettled. It had a unique opportunity to do so in this case. It could have clarified the law in the sense in which it is already evolving of a limited and workable exception to jurisdictional immunity in those circumstances where the victims have no other means of redress. Such an exception would bring immunity in line with the growing normative weight attached by the international community to the protection of human rights and humanitarian law, and the realization of the right to effective remedy for victims of international crimes, without unjustifiably indenting the jurisdictional immunity of States.

59. The assertion of jurisdiction by domestic courts in those exceptional circumstances where there is a failure to make reparations, and where the responsible State has admitted to the commission of serious violations of humanitarian law, without providing a contextual remedy for the victims, does not, in my view, upset the harmonious relations between States, but contributes to a better observance of international human rights and humanitarian law.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

57. Il me semble que, dans ce cas, le fait d'écarter l'immunité de la manière fort restrictive préconisée ci-dessus (par. 49-54 *supra*) renforcerait l'exécution du droit humanitaire et la protection des valeurs fondées sur les droits de l'homme, qui sont celles de la communauté internationale dans son ensemble.

58. En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a un rôle d'orientation important à jouer en ce qui concerne les règles du droit international et leur clarification, en particulier lorsqu'elles sont incertaines et changeantes. Elle avait en l'espèce une occasion unique de le faire. Elle aurait pu clarifier le droit en allant dans le sens dans lequel il évolue d'ores et déjà, celui d'une exception limitée et réaliste à l'immunité de juridiction dans le cas où les victimes ne disposent d'aucune autre voie de recours. Pareille exception ferait concorder le droit de l'immunité avec l'importance normative croissante que la communauté internationale attache à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire ainsi qu'avec la réalisation du droit à un recours effectif pour les victimes de crimes internationaux, et ce, sans porter indûment atteinte à l'immunité de juridiction des Etats.

59. Le fait que des juridictions nationales se déclarent compétentes dans des circonstances aussi exceptionnelles, lorsqu'il n'y a pas eu réparation et que l'Etat responsable a reconnu avoir commis des violations graves du droit humanitaire sans avoir mis en place de mécanisme spécifique d'indemnisation, ne perturbe pas, selon moi, les relations harmonieuses entre les Etats, mais contribue à un meilleur respect du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire.

(*Signé*) Abdulqawi A. YUSUF.

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* GAJA

1. The Court's Judgment accepts the view that the jurisdictional immunity of a foreign State does not cover certain claims concerning reparation for torts committed in the forum State. However, the Court

> "considers that customary international law continues to require that a State be accorded immunity in proceedings for torts allegedly committed on the territory of another State by its armed forces and other organs of State in the course of conducting an armed conflict" (para. 78).

This point is decisive for rejecting the applicability of the so-called "tort exception" in the case at hand. The Court consequently concludes that the Italian courts breached an international obligation when they asserted their jurisdiction over claims relating to wrongful acts committed by Germany in Italy during the Second World War.

The Court's argument is well built and includes a wide survey of relevant State practice. However, the scope of the "tort exception" deserves further analysis, also because this is an area where the law, according to several judicial decisions, is currently "developing".

2. The "tort exception" has found expression in Article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, according to which:

> "Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission."

This codification Convention, which was adopted by the General Assembly in 2004, has so far been ratified by 13 States and is not yet in force. It would be in any event unwarranted to assume that all its substantive provisions correspond to rules of general international law. On

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* GAJA

[Traduction]

1. Dans le présent arrêt, la Cour admet que l'immunité de juridiction d'un Etat étranger ne s'étend pas à certaines demandes en réparation à raison d'actes dommageables commis sur le territoire de l'Etat du for. Cependant, elle

> «estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé» (par. 78).

Cet élément s'est révélé déterminant pour écarter l'applicabilité de l'«exception territoriale» en la présente espèce. La Cour en a en effet conclu que les tribunaux italiens avaient manqué à une obligation internationale en se déclarant compétents pour connaître de réclamations ayant trait à des actes illicites commis par l'Allemagne en Italie pendant la seconde guerre mondiale.

L'argumentation de la Cour est fort bien construite, et elle repose notamment sur une analyse détaillée de la pratique étatique pertinente. Le champ d'application de l'«exception territoriale» mérite néanmoins un examen plus approfondi, pour cette raison aussi qu'il s'agit d'un domaine dans lequel le droit est actuellement, ainsi que l'attestent plusieurs décisions judiciaires, «en développement».

2. L'«exception territoriale» a trouvé son expression à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, qui est ainsi libellé:

> «A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.»

Cette convention de codification, qui a été adoptée par l'Assemblée générale en 2004, a, à ce jour, été ratifiée par treize Etats et n'est pas encore entrée en vigueur. En tout état de cause, il serait infondé de considérer que l'ensemble des dispositions de fond qui y figurent correspondent

the other hand, many of its provisions cannot be regarded as fully innovative. This certainly applies to Article 12, which finds precedents in several provisions of municipal legislation which will be referred to later and, before these statutes were enacted, in Article 11 of the 1972 European Convention on State Immunity. The latter text reads as follows:

> "A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred."

In the following paragraphs there will be only a few references to the European Convention, because it is clearly of limited significance for the purpose of ascertaining the existing rules of general international law on State immunity. It received only eight ratifications, all by States from a defined geographical area (Austria, Belgium, Cyprus, Germany, Luxembourg, Netherlands, Switzerland and United Kingdom). Moreover, it does not attempt to state general rules, but only considers the immunity of a Contracting State from the jurisdiction of other Contracting States.

3. The "tort exception" has also been expressed in statutes concerning the jurisdictional immunity of foreign States that nine States have enacted. Only one State (Pakistan) has not included the "tort exception" in its legislation on this subject.

Legislation is an important aspect of State practice. It is significant also when the object of a rule of international law is the conduct of judicial authorities, as with regard to the exercise of jurisdiction by courts. One may assume that only in exceptional circumstances will judicial authorities depart from what is required from them by the respective legislator. To my knowledge, no court of any of the States which enacted legislation incorporating the "tort exception" has raised any question of consistency between the relevant legislation and general international law.

The number of States in question may at first sight seem insufficient to represent the attitude of the generality of States, since most States have not adopted statutes on jurisdictional immunity and directly rely on general international law. However, it would be difficult to consider the legislative practice of ten States, which spans a period of more than 30 years, as insignificant for the purpose of ascertaining the current status of general international law. The criterion adopted by these States was not intended to codify a standard that all the States would be required to follow. On certain issues, the legislation of some States was arguably

à des règles de droit international général. A l'inverse, nombre d'entre elles ne sauraient être jugées tout à fait innovantes. Tel est assurément le cas de l'article 12, étant donné que des dispositions similaires avaient auparavant été énoncées dans plusieurs textes législatifs internes auxquels il sera fait référence ci-après et, avant même l'adoption de ces textes, à l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972. Cet article se lit comme suit :

> « Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu. »

Dans les paragraphes ci-après, il sera fait assez peu référence à cet instrument, étant donné qu'il revêt, de toute évidence, une pertinence limitée aux fins de déterminer les règles existantes du droit international général en matière d'immunité de l'Etat. La convention européenne n'a en effet été ratifiée que par huit Etats, tous situés dans une zone géographique déterminée (l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse). De plus, elle n'a pas pour objet d'énoncer des règles générales, mais s'intéresse uniquement à l'immunité de juridiction d'un Etat contractant devant les tribunaux d'autres Etats contractants.

3. L'« exception territoriale » trouve également son expression dans les lois relatives à l'immunité de juridiction des Etats étrangers adoptées par neuf Etats. Seul un Etat (le Pakistan) n'a pas prévu d'« exception territoriale » dans sa législation en la matière.

La législation constitue un aspect important de la pratique étatique. Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence. Il est en effet permis de supposer que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les autorités judiciaires s'écarteront des prescriptions du législateur. Or, à ma connaissance, aucun tribunal d'aucun des Etats qui ont adopté une législation prévoyant une « exception territoriale » n'a soulevé la moindre question de cohérence entre les lois pertinentes et le droit international général.

Le nombre des Etats en question peut, à première vue, sembler insuffisant pour être jugé représentatif de la conduite des Etats en général, puisque la plupart d'entre eux n'ont pas adopté de loi relative à l'immunité de juridiction et se fondent, en la matière, directement sur le droit international général. Il serait cependant difficile de considérer la pratique législative de dix Etats, qui s'étend sur une période de plus de trente ans, comme étant dépourvue de pertinence aux fins de déterminer l'état actuel du droit international général. Le critère adopté par lesdits Etats n'avait pas pour objet de codifier une norme à laquelle tous les Etats seraient

more favourable to immunity than general international law. This is certainly lawful, which would not be the case for a more restrictive approach. When asserting a "tort exception", the States concerned no doubt assumed that they were entitled to exercise their jurisdiction lawfully in applying the exception. Should their view be regarded as unfounded under general international law, all these States would incur international responsibility when applying the "tort exception". One would have expected some form of protest on the part of other States at the international level, since the legislation in question was well known and many States were likely to be affected. The silence kept by the majority of States cannot be interpreted as an implicit criticism of the lawfulness of resorting to the "tort exception".

4. In the nine States that have enacted legislation on jurisdictional immunity of foreign States including a "tort exception" this exception has a similar content. It may be appropriate to quote the texts of the pertinent provisions. I shall follow a chronological order.

According to Section 1605 *(a)* of the United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976:

> "*(a)* A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case
>
> . . . . . .
>
> (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign State or of any official or employee of that foreign State while acting within the scope of his office or employment; except that this paragraph shall not apply to
>
> (A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or
> (B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights."

Section 5 of the United Kingdom State Immunity Act 1978 runs as follows: "A foreign State is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to *(a)* death or personal injury; or *(b)* damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom."

tenus de se conformer. Il est peut-être des points sur lesquels la législation de certains Etats était plus favorable à l'immunité que le droit international général, ce qui, de toute évidence, est licite, alors que tel ne serait pas le cas d'une approche plus restrictive. En inscrivant pareille «exception territoriale» dans leur législation, les Etats en question sont, à n'en pas douter, partis du principe qu'ils avaient le droit d'exercer leur pouvoir de juridiction en appliquant ladite exception. Si cette position devait être jugée infondée au regard du droit international général, tous ces Etats engageraient, ce faisant, leur responsabilité internationale. Aussi aurait-on pu s'attendre, sur le plan international, à une certaine forme de protestation de la part d'autres Etats, dès lors que la législation en question était bien connue et que nombre d'entre eux étaient susceptibles d'en être affectés. Le silence observé par la majorité des Etats à cet égard ne saurait être interprété comme une critique implicite de la licéité du recours à l'«exception territoriale».

4. Dans les neuf Etats qui ont adopté une législation relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers prévoyant une «exception territoriale», celle-ci a un contenu similaire. Il est sans doute utile de citer ici les dispositions en question, et je procéderai par ordre chronologique.

Le paragraphe *a)* de l'article 1605 du Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (loi des Etats-Unis sur l'immunité des Etats étrangers) dispose que

> «*a)* l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité devant les juridictions des Etats-Unis d'Amérique ou des Etats dans tous les cas
>
> . . . . . .
>
> 5. n'entrant pas dans les prévisions du paragraphe 2 ci-dessus, où une action en réparation est intentée contre un Etat étranger à raison de dommages corporels, d'un décès, de dommages matériels ou de pertes de biens survenus aux Etats-Unis et causés par un acte dommageable ou une omission de cet Etat étranger ou de tout représentant ou employé de celui-ci agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi; le présent paragraphe ne s'applique pas à:
>
> A. toute demande fondée sur l'exercice, ou le défaut d'exercice, de pouvoirs discrétionnaires, qu'il y ait eu ou non abus de pouvoir;
>
> B. toute demande résultant de poursuites abusives, d'un abus de procédure, d'une diffamation verbale ou écrite, d'une fausse déclaration, d'un dol ou d'une interférence avec des droits contractuels.»

L'article 5 du State Immunity Act de 1978 (loi du Royaume-Uni sur l'immunité des Etats) se lit comme suit: «L'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans toute procédure se rapportant à: *a)* un décès ou des dommages corporels; ou *b)* des dommages matériels ou pertes de biens causés par un acte ou une omission survenu au Royaume-Uni.»

Section 7 of Singapore's State Immunity Act is identical to this text, with only replacement of the words "the United Kingdom" with "Singapore".

Section 6 of South Africa's Foreign States Immunities Act declares that: "A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the Republic in proceedings relating to *(a)* the death or injury of any person; or *(b)* damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the Republic."

According to Section 13 of Australia's Foreign States Immunities Act 1985: "A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns *(a)* the death of, or personal injury to, a person; or *(b)* loss of or damage to tangible property, caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia."

Section 6 of Canada's State Immunity Act reads as follows: "A foreign State is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to *(a)* any death or personal or bodily injury, or *(b)* any damage to or loss of property, that occurs in Canada."

In Argentina, Article 2 of Law No. 24,488 on jurisdictional immunity of foreign States provides that: "Foreign States may not invoke jurisdictional immunity in the following cases: . . . *(e)* where the foreign State is subject to a claim for losses or damages derived from crimes or offences committed in Argentina" ["*(e)* cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio"].

According to Section 5 of Israel's Foreign States Immunity Law No. 5769-2008: "A foreign State shall not have immunity from jurisdiction in an action in tort where personal injury or damage to tangible property has occurred, provided the tort was committed in Israel."

Finally, Article 10 of the Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, etc., provides that:

> "In cases where the death of or injury to a person or the loss of or damage to a tangible object resulted from an act for which it is claimed a Foreign State, etc., should take responsibility, if all or part of said act took place in Japan and the person who performed said act was in Japan at the time it was committed, said Foreign State, etc., shall not be immune from jurisdiction with respect to judicial proceedings in which monetary compensation for the damage or loss resulting from said act is being sought."

Although the wording varies, all these texts contain a general statement which appears to cover claims for all the acts or omissions attributable to a foreign State that take place in the territory of the forum State and cause death or personal injury or damage to tangible property.

5. None of the legislative acts quoted in the previous paragraph restricts the applicability of the "tort exception" when the act or omission

L'article 7 du State Immunity Act de Singapour est libellé en des termes identiques, le mot «Singapour» figurant simplement en lieu et place du mot «Royaume-Uni».

L'article 6 du Foreign States Immunities Act (loi sur l'immunité des Etats étrangers) de l'Afrique du Sud prévoit que «[l]'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité dans une procédure se rapportant à: *a)* un décès ou des dommages corporels; ou *b)* des pertes de biens ou dommages matériels causés par un acte ou une omission survenu dans la République».

Aux termes de l'article 13 du Foreign States Immunities Act de 1985 de l'Australie, «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans une procédure se rapportant à: *a)* un décès ou des dommages corporels; ou *b)* des pertes de biens ou préjudices matériels causés par un acte ou une omission survenu en Australie».

L'article 6 du State Immunity Act du Canada est ainsi libellé: «L'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans toute procédure se rapportant à: *a)* tout décès ou dommage personnel ou corporel; ou *b)* tout dommage matériel ou toute perte de biens survenu au Canada.»

En Argentine, l'article 2 de la loi nº 24.488 relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers dispose que «[l]'Etat étranger ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans les cas suivants: ... *e)* lorsqu'une action est engagée contre lui à raison de pertes ou de dommages résultant de délits ou de quasi-délits commis en Argentine» [«*e)* cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio»].

Aux termes de l'article 5 de la Foreign States Immunity Law nº 5769-2008 d'Israël, «[l]'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans une action en responsabilité se rapportant à des dommages corporels ou matériels, lorsque l'acte en cause a été commis en Israël».

Enfin, l'article 10 de la loi relative à la juridiction civile du Japon à l'égard des Etats étrangers, etc., dispose que:

> «En cas de décès ou de dommages corporels, de pertes de biens ou de dommages matériels résultant d'un acte dont il est allégué qu'un Etat étranger, etc., porte la responsabilité, et si ledit acte a été commis en tout ou partie au Japon alors que son auteur se trouvait au Japon, l'Etat étranger, etc., ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction à l'égard des actions en réparation à raison des dommages ou pertes résultant dudit acte.»

Quoique leur libellé varie, l'ensemble de ces textes énoncent une règle générale, qui semble s'appliquer aux réclamations portant sur tous les actes ou omissions attribuables à un Etat étranger ayant lieu sur le territoire de l'Etat du for et entraînant la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel.

5. Aucun des textes législatifs précités ne restreint l'applicabilité de l'«exception territoriale» dans le cas où l'acte ou l'omission de l'Etat

of the foreign State is taken within an activity which may be described *jure imperii* because it occurs in the exercise of a sovereign power by the foreign State.

The commentary of the International Law Commission (ILC) on draft Article 12, which later became without change Article 12 of the 2004 UN Convention, noted that "[t]he areas of damage envisaged in Article 12 are mainly concerned with accidental death or physical injuries to persons or damage to tangible property involved in traffic accidents", but that "the scope of Article 12 is wide enough to cover also intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination". The ILC commentary also noted that, while "the case law of some States" maintained the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, the "tort exception" in Article 12 "makes no such distinction" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 45). According to the commentary:

> "The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperii* or *jure gestionis*."

There is nothing in the text of the UN Convention or in the preparatory work that suggests that the "tort exception" should not apply when the foreign State acts *jure imperii*.

On the basis of the ILC commentary, the Italian *Corte di Cassazione* stressed in *Ferrini* that, according to Article 12 of the ILC draft Articles,

> "the distinction between acts performed *jure imperii* and acts carried out *jure gestionis* assumes no relevance in respect of damages claims arising from 'assaults on the physical integrity of a person' or from loss or damage of a 'bodily' nature" (judgment No. 5044 of 11 March 2004, English translation in *International Law Reports (ILR)*, Vol. 128, p. 672).

The Supreme Court of Canada in *Schreiber* v. *Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada* agreed that the "tort exception" also covered acts *jure imperii*, adding the observation that if one restricted the exception in this regard, one "would deprive the victims of the worst breaches of basic rights of any possibility of redress in national courts" ([2002] *Supreme Court Reports*, Vol. 3, p. 269, para. 37).

A different view was expressed by the Supreme Court of Ireland in *McElhinney* v. *Williams* when Chief Justice Hamilton held that, even if

étranger survient dans le cadre d'une activité pouvant être considérée comme étant *jure imperii* parce qu'elle relève de l'exercice, par cet Etat, d'un pouvoir souverain.

Dans son commentaire relatif au projet d'article 12 — qui allait devenir, sans modification, l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 —, la Commission du droit international (CDI) a précisé que «[l]es dommages envisagés à l'article 12 concern[ai]ent essentiellement le décès accidentel ou les dommages corporels ou matériels causés par des accidents de la circulation», mais que «la portée de l'article 12 [était] assez large pour englober aussi les dommages intentionnels comme les coups et blessures, les dommages intentionnels aux biens, l'incendie criminel, voire l'homicide ou l'assassinat politique». Dans ce même commentaire, la CDI a aussi relevé que, bien que la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* prévale encore dans la «jurisprudence de quelques Etats», «il n'[était] pas établi de distinction de cette nature» dans l'«exception territoriale» énoncée à l'article 12 (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 45). Et la CDI de préciser ce qui suit:

> «Le *locus delicti commissi* offre un lien territorial solide, quelle qu'ait été la motivation de l'acte ou de l'omission, qu'il ait été intentionnel ou même criminel ou qu'il ait été accidentel ou dû à la négligence, à l'inadvertance ou à l'imprudence, et que les activités en cause relèvent des *acta jure imperii* ou des *acta jure gestionis*.»

Rien dans le texte de la convention des Nations Unies ou dans les travaux préparatoires de cet instrument ne donne à penser que l'«exception territoriale» ne devrait pas s'appliquer lorsque l'Etat étranger agit *jure imperii*.

C'est en se fondant sur le commentaire de la CDI que la Cour de cassation italienne a, dans son arrêt *Ferrini*, souligné que, conformément à l'article 12 des projets d'articles de la CDI,

> «la distinction entre les actes accomplis *jure imperii* et les actes accomplis *jure gestionis* [était] dépourvue de pertinence à l'égard des demandes en réparation résultant d'«atteintes à l'intégrité physique d'une personne» ou de pertes ou de dommages de nature «corporelle»» (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004; *International Law Reports (ILR)*, vol. 128, p. 672).

Quant à la Cour suprême du Canada, elle est convenue, dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Schreiber c. la République fédérale d'Allemagne et le procureur général du Canada*, que l'«exception territoriale» valait également pour les actes *jure imperii*, ajoutant que, si l'on restreignait ladite exception dans le cas de pareils actes, cela «priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux» (*Recueil de la Cour suprême*, 2002, vol. 3, p. 269, par. 37).

En l'affaire *McElhinney c. Williams*, la Cour suprême d'Irlande a en revanche, par la voix du Chief Justice Hamilton, estimé que, même si

the tortious act of a British soldier had occurred in the forum State, immunity had to be granted to the foreign State "when such act or omission is committed *jure imperii*" (*ILR*, Vol. 104, p. 703). Ireland has not enacted legislation on jurisdictional immunity, nor is it a party to the European Convention on State Immunity. An application to the European Court of Human Rights was later made by Mr. McElhinney against Ireland. This court said that the "tort exception" corresponded to a "trend in international and comparative law", but that:

> "the trend may primarily refer to 'insurable' personal injury, that is incidents arising out of ordinary road traffic accidents, rather than matters relating to the core area of State sovereignty such as the acts of a soldier on foreign territory which, of their very nature, may involve sensitive issues affecting diplomatic relations between States and national security. Certainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta jure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any currently accepted international standards." (*ILR*, Vol. 123, p. 85, para. 38.)

It is to be noted that the question before the European court in *McElhinney* v. *Ireland* was not whether the respondent State had an obligation to grant jurisdictional immunity to the United Kingdom, but whether Ireland was in breach of an obligation under Article 6 of the European Convention on Human Rights by denying the applicant access to justice. The majority of the court did not endorse the idea that States were required to apply a "tort exception". It found that, "given the present state of the development of international law" on jurisdictional immunity, there was no breach by Ireland of an obligation to exercise jurisdiction. However, the court did not go as far as to say that, had the Irish courts hypothetically entertained the claim, Ireland would have been in breach of its obligations under international law with regard to jurisdictional immunity.

6. The European Convention on State Immunity contains various clauses which restrict the scope of the Convention. What is relevant for our purposes is Article 31, which runs as follows:

> "Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State."

The ILC draft Articles do not contain a similar clause. However, the ILC commentary on draft Article 12 observes that this provision does not "apply to situations involving armed conflicts" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 46). No explanation is given, nor is there an indication of the intended consequences of the fact

l'acte dommageable d'un soldat britannique s'était produit dans l'Etat du for, l'Etat étranger devait bénéficier de l'immunité «lorsque ledit acte ou ladite omission surviennent *jure imperii*» (*ILR*, vol. 104, p. 703). L'Irlande n'a pas adopté de loi relative à l'immunité de juridiction, et elle n'est pas partie à la convention européenne sur l'immunité des Etats. M. McElhinney a, par la suite, déposé une requête contre cet Etat devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ladite juridiction a jugé que l'«exception territoriale» correspondait «en droit international et comparé [à] une tendance», mais que

> «cette tendance para[issait] concerner essentiellement les dommages corporels «assurables», c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un Etat étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale. On ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'actions pour des dommages ainsi causés par des *acta jure imperii* ou que, en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises.» (*ILR*, vol. 123, p. 85, par. 38.)

Il convient de noter que la question qui se posait à la Cour européenne dans cette affaire n'était pas de savoir si l'Etat défendeur avait l'obligation d'accorder l'immunité de juridiction au Royaume-Uni, mais si l'Irlande avait manqué à une obligation énoncée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme en refusant au demandeur l'accès à la justice. La majorité n'a pas souscrit à l'idée selon laquelle les Etats étaient tenus d'appliquer une «exception territoriale». Elle a conclu que, «dans l'état actuel du droit international» relatif à l'immunité de juridiction, l'Irlande n'avait pas manqué à une obligation d'exercer son pouvoir de juridiction. La Cour européenne n'est cependant pas allée jusqu'à dire que, si les tribunaux irlandais avaient accepté d'examiner la demande en question, l'Irlande aurait manqué aux obligations que le droit international lui impose en matière d'immunité de juridiction.

6. La convention européenne sur l'immunité des Etats contient différentes clauses qui en limitent la portée. La disposition pertinente aux fins présentes est l'article 31, qui se lit comme suit:

> «Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux immunités et privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant.»

Aucune clause similaire ne figure dans le projet d'articles de la CDI. Dans son commentaire relatif au projet d'article 12, celle-ci indique néanmoins que cette disposition ne s'«applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48). Aucune explication n'est donnée, et il n'est pas

that draft Article 12 does not apply. It is not clear in particular whether "situations involving armed conflicts" are considered to be outside the scope of the UN Convention or whether another rule set forth in the Convention becomes applicable.

The exclusion suggested in the ILC commentary has not found its way either into the text of the UN Convention or into the understandings which represent an annex to the Convention. Nor is there anything on this matter in the report presented to the General Assembly by the *Ad Hoc* Committee which recommended the adoption of the Convention (A/59/22). However, when introducing this report to the Sixth Committee, the Chairman of the *Ad Hoc* Committee, Mr. Gerhard Hafner, made, among others, the following statement: "[o]ne of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention. The general understanding had always prevailed that they were not". He then referred to the exclusion of "situations involving armed conflicts" suggested by the ILC in its commentary (A/C.6/59/SR.13, para. 36), which is a narrower subject than "military activities". The Chairman of the *Ad Hoc* Committee expressed the opinion that this matter was not regulated by the UN Convention. The legal significance of this statement is not altogether clear. GA resolution 59/38, which adopted the Convention, said in its last preambular paragraph: "Taking into account the statement of the Chairman of the *Ad Hoc* Committee introducing the report of the *Ad Hoc* Committee." This paragraph also does not entirely clarify matters.

Norway and Sweden, when ratifying the UN Convention, declared that they understood the Convention not to apply to "military activities". These two States shared Mr. Hafner's view that "military activities" are not covered by the UN Convention. These interpretative declarations support the idea that "military activities" are not regulated by the UN Convention, but do not provide a solution binding all the contracting States.

7. None of the legislative acts referred to above in paragraph 3 contains a general exclusion concerning claims relating to "situations involving armed conflicts" or to "military activities". There are, however, some provisions concerning these matters.

Section 16 (2) of the United Kingdom State Immunity Act 1978 states:

> "This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952."

Section 19 (2) *(a)* of Singapore's State Immunity Act is similarly worded. These provisions appear concerned with claims that may be

non plus précisé quelles conséquences est censé avoir le fait que ladite disposition ne s'applique pas. En particulier, le point de savoir si les «situations liées à des conflits armés» sont considérées comme étant en dehors du champ d'application de la convention des Nations Unies ou si une autre règle énoncée dans cet instrument devient applicable n'est pas clair.

L'exclusion ainsi avancée dans le commentaire de la CDI n'a trouvé son expression ni dans le texte de la convention elle-même ni dans les points convenus qui figurent en annexe de cet instrument. En outre, aucune précision à cet égard n'est donnée dans le rapport présenté à l'Assemblée générale par le comité spécial qui a recommandé l'adoption de la convention (A/59/22). Toutefois, en introduisant ledit rapport devant la Sixième Commission, le président du comité spécial, M. Gerhard Hafner, a notamment indiqué ce qui suit: «[s]e pose la question de savoir si la Convention couvre les activités militaires. Il a toujours été entendu que les activités militaires n'entreraient pas dans le champ de la Convention.» M. Hafner a ensuite fait référence à l'exclusion des «situations liées à des conflits armés» avancée par la CDI dans son commentaire (A/C.6/59/SR.13, par. 36) — expression qui est plus restrictive que celle d'«activités militaires» —, ajoutant que, selon lui, cette question n'était pas régie par la convention. La portée juridique de cette déclaration n'est cependant pas tout à fait claire. A cet égard, le dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, par laquelle la convention a été adoptée, est ainsi libellé: «Prenant en considération la déclaration faite par le Président du Comité spécial lorsqu'il a présenté le rapport du Comité.» Cela ne clarifie pas non plus entièrement les choses.

La Norvège et la Suède, lorsqu'elles ont ratifié la convention des Nations Unies, ont précisé que, selon elles, cet instrument ne s'appliquait pas aux «activités militaires». Ces deux Etats partageaient donc les vues de M. Hafner selon lesquelles les «activités militaires» ne sont pas couvertes par la convention. Quoique ces déclarations interprétatives étayent l'idée selon laquelle pareilles activités ne sont pas régies par cet instrument, elles ne s'imposent pas à tous les Etats contractants.

7. Aucune des lois auxquelles il a été fait référence au paragraphe 3 ci-dessus ne contient d'exclusion générale visant les réclamations relatives à des «situations liées à des conflits armés». Ces questions sont cependant traitées dans certains de ces textes.

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 16 du State Immunity Act du Royaume-Uni de 1978 est ainsi libellé:

> «Cette partie de la présente loi ne s'applique pas aux procédures ayant trait à un quelconque acte des forces armées d'un Etat pendant leur présence au Royaume-Uni ou en relation avec ces forces; en particulier, son effet est subordonné au Visiting Forces Act [loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire du Royaume-Uni avec le consentement de celui-ci] de 1952.»

L'alinéa *a)* du paragraphe 2 de l'article 19 du State Immunity Act de Singapour est libellé en des termes semblables. Ces dispositions paraissent

brought against a State whose forces are present on the territory of the forum State with its consent. Special rules would apply to these claims. Section 22 of the Israeli Foreign States Immunities Law is more explicit on this point:

> "Notwithstanding the provisions of this statute, legal actions based on any act or omission committed by foreign military forces whose rights and status in Israel were determined by agreement between the State of Israel and the State to which the foreign military forces belong shall be governed by that agreement."

Also Section 6 of Australia's Foreign States Immunities Act 1985, which excludes immunities or privileges "by or under ... the Defence (Visiting Forces) Act 1963", and Section 16 of Canada's State Immunity Act, which mentions "the Visiting Forces Act", only refer to forces stationed on the territory of the forum State with the consent of the latter.

None of these texts specifically considers the "tort exception". They all relate more generally to the legislation concerning immunities of foreign States. In any event, the implication of these texts is that claims relating to armed activities that are not covered by the exclusion clauses come within the rules on immunity expressed in the statute, including the "tort exception".

8. The courts of several States considered the jurisdictional immunity of Germany in relation to acts of its armed forces during World War II.

In *Ferrini* the Italian *Corte di Cassazione* based its main argument against immunity on a different basis but also gave weight to the fact that the wrongful act, consisting of the deportation of an Italian national to Germany where he underwent forced labour, "was commenced in the country in which the legal proceedings have since been brought" (judgment No. 5044 of 11 March 2004, English translation in *ILR*, Vol. 128, pp. 670-671). In a group of later decisions the same court denied immunity "also in view of the fact that the wrongful act had occurred also in Italy" (thus, for example, order No. 14209 of 29 May 2008; *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 91 (2008), p. 900).

The French *Cour de cassation* recognized on the contrary Germany's immunity in *Bucheron* (16 December 2003, case 02-45961) and later in *Grosz* (3 January 2006, case 04-47504). Both decisions concerned the deportation and subjection of French citizens to forced labour in Germany. The *Cour de cassation* based its argument on the *jure imperii* character of the act, without considering the possibility of applying a "tort exception".

viser des actions qui peuvent être engagées contre un Etat dont les forces sont présentes sur le territoire de l'Etat du for avec le consentement de celui-ci, actions qui seraient régies par des règles spéciales. L'article 22 de la Foreign States Immunity Law d'Israël est plus explicite sur ce point :

> « Nonobstant les dispositions de la présente loi, les actions judiciaires fondées sur tout acte ou toute omission de forces militaires étrangères dont les droits et le statut en Israël ont fait l'objet d'un accord entre l'Etat d'Israël et l'Etat auquel appartiennent ces forces sont régies par ledit accord. »

L'article 6 du Foreign States Immunities Act de 1985 de l'Australie, qui exclut les immunités ou privilèges « prévus par le ... Defence (Visiting Forces) Act [loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire de l'Australie avec le consentement de celle-ci] de 1963, ou en application de celui-ci », ainsi que l'article 16 du State Immunity Act du Canada, qui mentionne la loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire du Canada avec le consentement celui-ci, ne font, eux aussi, référence qu'aux forces stationnées sur le territoire de l'Etat du for avec le consentement de celui-ci.

Aucun de ces textes ne porte spécifiquement sur l'« exception territoriale » ; ils ont tous plus généralement trait à la législation relative aux immunités des Etats étrangers. En tout état de cause, il découle des textes en question que les réclamations relatives aux activités armées qui ne tombent pas sous le coup des clauses d'exclusion relèvent des règles régissant l'immunité énoncées dans la loi, y compris l'« exception territoriale ».

8. La question de l'immunité de juridiction de l'Allemagne relativement aux actes commis par ses forces armées pendant la seconde guerre mondiale a été examinée par les tribunaux de plusieurs Etats.

En l'affaire *Ferrini*, si la Cour de cassation italienne a fondé son principal argument contre l'immunité sur une base différente, elle a aussi tenu compte de ce que l'acte illicite en cause, à savoir la déportation d'un national italien vers l'Allemagne où il a été soumis au travail forcé, « a[vait] trouvé son origine dans le pays dans lequel l'action judiciaire a, entre-temps, été intentée » (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004 ; *ILR*, vol. 128, p. 670-671). Dans une série de décisions ultérieures, la même juridiction a refusé d'accorder l'immunité à l'Allemagne « étant donné, en outre, que l'acte illicite s'était également produit en Italie » (voir, par exemple, l'ordonnance n° 14209 du 29 mai 2008 ; *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91 (2008), p. 900).

La Cour de cassation française a, en revanche, fait droit à l'immunité de l'Allemagne dans les affaires *Bucheron* (pourvoi n° 02-45961, 16 décembre 2003), puis *Grosz* (pourvoi n° 04-47504, 3 janvier 2006). Ces deux décisions avaient trait à la déportation de citoyens français et au fait qu'ils avaient été soumis au travail forcé en Allemagne. La Cour de cassation s'est fondée sur le caractère *jure imperii* de l'acte en cause, sans envisager la possibilité d'appliquer une « exception territoriale ».

Greek courts were divided on the issue. The Greek *Areios Pagos* found in the *Distomo* case (judgment of 4 May 2000; English translation in *ILR*, Vol. 129, p. 519) that a rule of international customary law:

> "requires, by way of exception from the principle of immunity, that national courts may exercise international jurisdiction over claims for damages in relation to torts committed against persons and property on the territory of the forum State by organs of a foreign State present on that territory at the time of the commission of these torts even if they resulted from acts of sovereign power *(acta jure imperii)*".

The majority held that this would also apply to "damages arising [from military action] in situations of armed conflict" when "the offences for which compensation is sought (especially crimes against humanity) did not target civilians generally, but specific individuals in a given place who were neither directly nor indirectly connected with the military operations".

Two years later in *Margellos*, the Greek Special Supreme Court, *Anotato Eidiko Dikastirio* (judgment of 17 September 2002; English translation in *ILR*, Vol. 129, p. 525) came (albeit by a 6 to 5 majority) to the almost opposite conclusion that the "tort exception" does not apply to activities of a foreign State's military force:

> "in the present state of development of international law, there is no generally accepted rule which, as an exception to the rule of sovereign immunity, would allow proceedings to be brought against a foreign State before the courts of another State, relating to a claim for compensation for a tort committed in the forum State in which the armed forces of the defendant State participated — in whatever manner and whether in time of war or peace" (*ibid.*, p. 532).

A similar approach was taken by the Polish Supreme Court in *Natoniewski* (judgment of 29 October 2010; English translation in *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX (2010), p. 299). The court reached the conclusion that:

> "there are insufficient grounds for recognizing an exception to State immunity in cases concerning redress for breaches of human rights occasioned by unlawful acts committed in the territory of the forum State which come within the category of armed activities".

Some further decisions that recognized immunity of a foreign State for military activity on the territory of the forum State will be referred to in paragraph 11.

9. The analysis of State practice concerning the "tort exception" in general and injuries caused by military activities more specifically shows

Les tribunaux grecs se sont, quant à eux, montrés divisés sur la question. L'*Areios Pagos* a ainsi, en l'affaire *Distomo* (arrêt du 4 mai 2000; *ILR*, vol. 129, p. 519), jugé qu'une règle de droit international coutumier

> «requ[érait], à titre d'exception au principe de l'immunité, que les tribunaux nationaux puissent exercer une compétence internationale à l'égard de demandes en réparation relatives à des préjudices causés à des personnes et des biens sur le territoire de l'Etat du for par des organes d'un Etat étranger présents sur ce territoire au moment où ces préjudices ont été causés, même si ceux-ci résultaient d'actes de puissance souveraine *(acta jure imperii)*».

La majorité a jugé que cela vaudrait également pour les «préjudices résultant [d'une action militaire menée dans] de[s] situations de conflits armés», lorsque «les actes illicites à raison desquels la réparation est demandée (en particulier les crimes contre l'humanité) ne visaient pas les civils en général, mais des personnes particulières se trouvant dans un lieu donné et n'ayant pas de lien direct ou indirect avec les opérations militaires».

Deux ans plus tard, dans l'affaire *Margellos*, le Tribunal supérieur spécial grec, *Anotato Eidiko Dikastirio* (arrêt du 17 septembre 2002; *ILR*, vol. 129, p. 525), est parvenu (quoique à une majorité de six voix contre cinq) à la conclusion presque inverse, selon laquelle l'«exception territoriale» ne s'applique pas aux activités des forces militaires d'un Etat étranger:

> «en l'état actuel du droit international, il n'existe pas de règle généralement acceptée qui, à titre d'exception à la règle de l'immunité souveraine, autoriserait qu'une action soit engagée contre un Etat étranger devant les tribunaux d'un autre Etat relativement à une demande en réparation d'un acte dommageable commis dans l'Etat du for auquel les forces armées de l'Etat défendeur ont participé de quelque manière que ce soit, en temps de guerre ou en temps de paix» (*ibid.*, p. 532).

La Cour suprême de Pologne a, en l'affaire *Natoniewski* (arrêt du 29 octobre 2010; *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX (2010), p. 299), suivi une approche similaire. Elle a en effet conclu que

> «les motifs [étaient] insuffisants pour que soit reconnue une exception à l'immunité de l'Etat dans des affaires concernant la réparation de violations des droits de l'homme résultant d'actes illicites commis sur le territoire de l'Etat du for et entrant dans la catégorie des activités des forces armées».

D'autres décisions dans lesquelles il a été fait droit à l'immunité d'un Etat étranger relativement à des activités militaires menées sur le territoire de l'Etat du for seront mentionnées au paragraphe 11 ci-après.

9. Il ressort de l'analyse de la pratique étatique relative à l'«exception territoriale» en général et, plus particulièrement, en ce qui concerne les

that State authorities have taken a variety of approaches. One can apply to the issue of State immunity under consideration the introductory remark made by the ILC in its commentary, that there is a "grey area in which opinions and existing case law and, indeed, legislation still vary" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 23). In this "grey area" States may take different positions without necessarily departing from what is required by general international law.

The rationale of the suggested restriction to the "tort exception" concerning military activities is not clear. First of all, the conduct of all State organs is equally attributed to the State, as expressed in Article 4 of the ILC Articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts. Why should a distinction be made between military and other organs of the same State? Moreover, when the forum State gives its consent to the presence on its territory of foreign troops, a specific, and more favourable, régime of immunities is understandable. This will normally be established by an agreement between the States concerned. It is more difficult to understand why there should be a favourable régime for a hostile State that would prevail over the sovereign right of the territorial State to exercise its jurisdiction concerning conduct taking place on its territory.

The fact that military activities may cause injuries on a large scale does not seem a good reason for depriving the many potential claimants of their judicial remedy. It may be that in practice this remedy will not be effective, but this applies more generally to all claims brought against foreign States given the difficulty for a successful claimant of enforcing any judgment that may be obtained.

10. One factor that could contribute to justifying a restrictive approach to State immunity when applying the "tort exception" is the nature of the obligation for the breach of which a claim to reparation is brought against a foreign State. This may be an obligation only covered by municipal law; it may also be the breach of an obligation under international law and, in the latter case, of an obligation under a peremptory norm, which can reasonably be evoked at least with regard to the massacres of civilians.

What is in fact in question is not the exercise of jurisdiction for preventing the breach of an obligation under a peremptory norm or for obtaining the cessation of the breach, but a judicial remedy for the reparation of the injury caused by the alleged breach. It would be difficult to maintain that the obligation to provide reparation of a breach of an obligation under *jus cogens* is also set forth by a peremptory norm.

dommages causés par des activités militaires que les autorités étatiques ont suivi des approches différentes. A la question de l'immunité de l'Etat à l'examen peut donc être appliquée l'observation introductive formulée par la CDI dans son commentaire, selon laquelle il existe «une zone d'incertitude où les opinions et jurisprudences, voire les législations, varient» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 23). Dans cette «zone d'incertitude», les Etats peuvent adopter des positions différentes sans nécessairement s'écarter des prescriptions du droit international général.

La logique qui sous-tend la restriction de l'«exception territoriale» telle qu'avancée en matière d'activités miliaires n'est pas claire. En premier lieu, ainsi qu'il ressort de l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, le comportement de tous les organes étatiques est également attribué à l'Etat. Dès lors, pourquoi une distinction devrait-elle être établie entre les organes militaires et les autres organes du même Etat? En second lieu, lorsque l'Etat du for consent à la présence de soldats étrangers sur son territoire, un régime d'immunité particulier — plus favorable — est compréhensible. Ce régime fait normalement l'objet d'un accord entre les Etats concernés. En revanche, il est plus difficile de comprendre pourquoi un Etat hostile devrait bénéficier d'un régime favorable, qui l'emporterait sur le droit souverain de l'Etat du for d'exercer son pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement qui a lieu sur son territoire.

Le fait que les activités militaires peuvent causer des dommages à grande échelle ne semble pas être une raison valable pour priver les nombreux requérants potentiels de voie de recours judiciaire. Certes, pareille voie de recours peut, en pratique, se révéler inefficace, mais il en va ainsi de toutes les réclamations formulées contre des Etats étrangers, compte tenu de la difficulté pour un requérant ayant obtenu gain de cause de faire exécuter la décision en question.

10. Un facteur pouvant contribuer à justifier une approche restrictive de l'immunité des Etats dans le cadre de l'application de l'«exception territoriale» réside dans la nature de l'obligation dont l'inobservation fait l'objet de la demande de réparation formulée contre l'Etat étranger. Il peut s'agir d'une obligation au regard du seul droit interne; il peut aussi s'agir du manquement à une obligation relevant du droit international et, dans cette hypothèse, d'une obligation découlant d'une norme impérative, ce qui peut raisonnablement être souligné au moins en ce qui concerne les massacres de civils.

En réalité, ce qui est en cause, ce n'est pas l'exercice d'un pouvoir de juridiction aux fins de prévenir l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative ou de faire en sorte qu'il soit mis fin à cette inobservation, c'est l'existence d'une voie de recours judiciaire en vue de réparer le dommage causé par l'inobservation alléguée. A cet égard, il serait difficile de soutenir que l'obligation de réparer un manquement à une obligation relevant du *jus cogens* est également énoncée par une norme impérative.

Thus, for example, while Article 91 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 considers that "[a] Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation", the commentary by the International Committee of the Red Cross observes that "[o]n the conclusion of a peace treaty, the Parties can in principle deal with the problems relating to war damage in general and those relating to the responsibility for starting the war, as they see fit" (C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, B. Zimmermann, P. Eberlin, H.-P. Gasser and C. F. Wenger, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, p. 1055).

While the obligation of reparation can hardly be viewed as an obligation under a peremptory norm, the fact that the alleged breach concerns an obligation of *jus cogens* may have some relevant consequences. Article 41 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts lists some consequences of a serious breach by a State of an obligation under a peremptory norm of general international law that are additional to those following from an ordinary wrongful act. Paragraphs 1 and 2 enumerate some specific consequences and paragraph 3 refers to "further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law". While the issue of jurisdictional immunity has not been mentioned either in the text of the article or in the related commentary, a restriction of immunity could well be regarded as an appropriate consequence which would strengthen the effectiveness of compliance with the obligation to make reparation. This would contribute to removing doubts about the lawfulness for a State of exercising its jurisdiction in the "grey area" of injury caused by military activity of a foreign State on the territory of the forum State. In other words, even if immunity covered in general claims regarding damages caused by military activities in the territory of the forum State, it would not extend to claims relating to massacres of civilians or torture in the same territory.

11. It would be more difficult to infer from the nature of the breach a restriction of the jurisdictional immunity of foreign States that would cover injuries caused by a foreign State wherever they occur.

This conclusion was suggested by a minority opinion in the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* v. *United Kingdom* and by the Italian *Corte di Cassazione* in a number of judgments, especially those in *Ferrini* (judgment No. 5044 of 11 March 2004; English translation in *ILR*, Vol. 128, pp. 668-669) and in *Milde* (judgment No. 1072 of 13 January 2009). Also a decision by the French *Cour de cassation* in *La Réunion*

Ainsi, par exemple, alors que l'article 91 du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 prévoit que «[l]a Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu», le Comité international de la Croix-Rouge précise, dans son commentaire, que, «[à] la conclusion d'un traité de paix, les Parties peuvent en principe régler à leur guise les problèmes relatifs aux dommages de guerre en général et aux responsabilités quant au déclenchement du conflit» (C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, B. Zimmermann, P. Eberlin, H.-P. Gasser et C. F. Wenger, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, 1987, p. 1055).

Quoique l'obligation de réparation elle-même puisse difficilement être considérée comme découlant d'une norme impérative, le fait que l'inobservation alléguée ait trait à une obligation relevant du *jus cogens* peut toutefois avoir certaines conséquences pertinentes. A l'article 41 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite sont ainsi énumérées certaines conséquences d'un manquement grave par un Etat à une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général, conséquences qui viennent s'ajouter à celles qui résultent d'un fait illicite ordinaire; aux paragraphes 1 et 2 de cet article sont énoncées certaines consequences particulières, le paragraphe 3 mentionnant en outre «toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre». Bien que la question de l'immunité de juridiction n'ait été mentionnée ni dans le texte de l'article en question ni dans le commentaire y relatif, une restriction de l'immunité pourrait fort bien être considérée comme une conséquence appropriée, l'obligation de réparation venant ainsi renforcer la nécessité de respecter l'obligation en cause. Cela contribuerait à dissiper tout doute concernant la licéité, pour un Etat, d'exercer son pouvoir de juridiction dans la «zone d'incertitude» que constituent les dommages causés par des activités militaires menées par un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for. Autrement dit, quand bien même l'immunité s'appliquerait en règle générale aux réclamations portant sur des dommages causés par des activités militaires menées sur le territoire de l'Etat du for, elle ne s'étendrait pas à celles qui ont trait à des massacres de civils ou à des actes de torture commis sur ce même territoire.

11. Il serait en revanche plus difficile de déduire de la nature de la violation en cause une restriction de l'immunité de juridiction des Etats étrangers couvrant les dommages causés par ces Etats quel que soit le lieu où ils se sont produits.

Pareille conclusion a été préconisée par une minorité de juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et par la Cour de cassation italienne dans un certain nombre d'arrêts, notamment ceux rendus dans les affaires *Ferrini* (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004; *ILR*, vol. 128, p. 668-669) et *Milde* (arrêt n° 1072 du 13 janvier 2009). En l'affaire *Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne*

aérienne v. *Libyan Arab Jamahiriya* (case No. 09-14743 of 9 March 2011) pointed to the existence of a restriction of immunity when a claim concerns reparation of the breach of an obligation under *jus cogens*, provided that the breach consists in a positive conduct of the foreign State.

The European Convention on State Immunity and the UN Convention do not lend support to this view, because they do not establish any exception to immunity which is based on the nature of the obligation breached by the foreign State.

In 1999 the denial of jurisdictional immunity with regard to claims "in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of *jus cogens*" was considered by an ILC working group chaired by Mr. Hafner as a "recent development" which the working group took the initiative of highlighting, suggesting to the General Assembly that it "should not be ignored" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II, Part Two, p. 172). The report of the Chairman of the GA Working Group (again Mr. Hafner) found that it did not "seem advisable to include this matter among the issues to be covered by the forthcoming considerations on the topic" (A/C.6/54/L.12, p. 9, para. 67). This cannot be taken as a total rejection of the suggested exception.

It is to be noted that the ILC working group had referred only to two decisions restricting State immunity, both based on the United States Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. This had amended the Foreign Sovereign Immunity Act in order to restrict immunity of foreign States with regard to claims for damages caused by acts of torture, extrajudicial killings and some other acts wherever committed, but only if these acts had been committed by a foreign State designated by the Secretary of State as a State sponsor of terrorism and if the claimant or victim was a national of the United States. Given these conditions, the United States Act is not indicative of the existence of a possible exception to immunity based on the nature of the obligation under international law which is at the origin of the claim.

What appears more significant for that issue is that none of the legislative acts referred to above in paragraph 3 contains any reference to a similar exception.

The matter was thoroughly debated in the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* v. *United Kingdom*. By a majority of nine votes to eight, the court stated that it did not

> "find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of

(pourvoi n° 09-14743, 9 mars 2011), la Cour de cassation française a, elle aussi, laissé entrevoir l'existence d'une telle restriction de l'immunité dans le cas d'une demande en réparation ayant trait à l'inobservation d'une obligation relevant du *jus cogens*, à condition que cette inobservation ait pris la forme d'un comportement positif de la part de l'Etat étranger.

La convention européenne sur l'immunité des Etats et la convention des Nations Unies n'étayent cependant pas cette thèse, puisqu'elles n'établissent aucune exception à l'immunité fondée sur la nature de l'obligation à laquelle a manqué l'Etat étranger.

Le refus d'accorder l'immunité de juridiction à l'égard de réclamations portant sur des «décès ou dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*» a, en 1999, été qualifié de «fait récent» par un groupe de travail de la CDI présidé par M. Hafner, fait que ce groupe de travail a pris l'initiative de souligner, précisant à l'Assemblée générale qu'il ne «devrait pas être négligé» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 172). Même si, dans son rapport, le président du groupe de travail de l'Assemblée générale (M. Hafner, là encore) a estimé qu'«il ne semblait pas opportun de faire figurer cette question parmi les points à examiner ultérieurement» (A/C.6/54/L.12, p. 10, par. 67), cela ne saurait être considéré comme un rejet total de l'exception ainsi avancée.

A cet égard, il convient de relever que le groupe de travail de la CDI ne s'était référé qu'à deux décisions restreignant l'immunité de l'Etat, l'une et l'autre étant fondées sur l'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act adopté aux Etats-Unis d'Amérique en 1996. Ce texte avait modifié le Foreign Sovereign Immunities Act en restreignant l'immunité des Etats étrangers à l'égard de demandes de réparation à raison de préjudices causés par des actes de torture, exécutions extrajudiciaires et certains autres actes, quel que soit le lieu où ils ont été commis; toutefois, seuls étaient visés les actes commis par un Etat étranger désigné par le Secrétaire d'Etat comme Etat terroriste et les cas où le requérant ou la victime était un national des Etats-Unis. Au vu de ces conditions, la loi en question ne semble pas donner à penser qu'il pourrait exister une telle exception à l'immunité fondée sur la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation.

Plus pertinent encore à cet égard est le fait qu'aucun des textes législatifs mentionnés au paragraphe 3 ci-dessus ne contient une quelconque référence à pareille exception.

Cette question a été examinée de manière approfondie par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. A une majorité de neuf voix contre huit, ladite juridiction a précisé qu'elle

> «ne juge[ait] pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions

> civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State".

Also the Ontario Court of Appeal stressed in *Bouzari and Others* v. *Islamic Republic of Iran* (judgment of 30 June 2004, *ILR*, Vol. 128, p. 605) the distinction according to the place where the injury occurred. While implicitly acknowledging the applicability of the "tort exception" provided by Canadian legislation, this court said that: "practice reflects the customary international law principle that State immunity is provided for acts of torture committed outside the forum state . . .".

The Constitutional Court of Slovenia (judgment of 8 March 2001, case Up-13/99) found that there was a "trend", but no

> "rule of international customary law, which would in the case of violations of the cogent norms of international law in the area of human rights protection as a consequence of state activities in the framework of *iure imperii* . . . allow Slovenian courts to try foreign states in such cases".

The court was here considering an activity which had occurred on what had become Slovenian territory.

A similar approach was taken by the German *Bundesgerichtshof* in a judgment of 26 June 2003 when it was faced with the request to enforce the Greek judgment on the merits in the *Distomo* case (English translation in *International Legal Materials*, Vol. 42 (2003), p. 1033).

A flat rejection of the existence of an exception to immunity covering claims for breaches of obligations under peremptory norms was expressed by the House of Lords in *Jones* v. *Saudi Arabia* ([2007] 1 *AC* 270). This judgment concerned a claim relating to an act of torture that had taken place outside the territory of the forum State.

If one takes into consideration all these elements of practice, one has to reach the conclusion that the nature of the obligation under international law which is at the origin of the claim does not per se provide sufficient evidence that jurisdiction may be exercised over foreign States in case of a claim for reparation for the breach of an obligation under a peremptory norm wherever committed. On the other hand, one cannot infer from this practice that the nature of the obligation breached negatively affects the applicability of the "tort exception". It would indeed be extraordinary if a claim could be entertained on the basis of the "tort exception" when the obligation breached is of a minor character while this exception would not apply to claims relating to breaches of obligations under peremptory norms.

12. The application of the criteria above would have required the Court to examine in greater detail, in relation to the facts of each case,

civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for».

La cour d'appel de l'Ontario a par ailleurs rappelé, en l'affaire *Bouzari et autres c. République islamique d'Iran* (arrêt du 30 juin 2004; *ILR*, vol. 128, p. 605), la distinction qu'il convient d'établir en fonction du lieu où le préjudice en cause s'est produit. Tout en reconnaissant implicitement l'applicabilité de l'«exception territoriale» énoncée dans la législation canadienne, cette juridiction a ainsi jugé que «la pratique reflét[ait] le principe de droit international coutumier selon lequel l'Etat jouit de l'immunité à l'égard d'actes de torture commis en dehors de l'Etat du for...».

La Cour constitutionnelle de Slovénie (arrêt du 8 mars 2001, affaire Up-13/99) a, quant à elle, estimé qu'il existait une «tendance», mais aucune

> «règle de droit international coutumier qui, dans le cas de violations de normes impératives du droit international en matière de protection des droits de l'homme résultant d'activités étatiques menées *jure imperii* ... autoriserait les tribunaux slovènes à traduire en justice des Etats étrangers».

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle examinait des actes qui s'étaient produits sur un territoire devenu entre-temps slovène.

Une approche similaire a été suivie par le *Bundesgerichtshof* allemand dans un arrêt du 26 juin 2003, alors qu'il lui était demandé de rendre exécutoires les décisions grecques rendues au fond en l'affaire *Distomo* (*International Legal Materials*, vol. 42 (2003), p. 1033).

En l'affaire *Jones c. Arabie saoudite* ([2007] 1 *AC* 270), la Chambre des lords a, pour sa part, purement et simplement rejeté l'idée selon laquelle il existerait une exception à l'immunité dans le cas de réclamations relatives au manquement à des obligations relevant de normes impératives. Cette décision avait trait à une réclamation portant sur un acte de torture qui s'était produit en dehors du territoire de l'Etat du for.

Au vu de l'ensemble de ces éléments tirés de la pratique, la conclusion s'impose que la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation ne constitue pas, en elle-même, un élément suffisant pour qu'un tribunal soit fondé à exercer sa compétence à l'égard d'un Etat étranger dans le cas d'une demande en réparation relative à l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative, quel que soit le lieu où ce manquement a été commis. A l'inverse, on ne saurait déduire de cette pratique que la nature de l'obligation qui n'a pas été respectée a une incidence négative sur l'applicabilité de l'«exception territoriale». Il serait en effet extravagant qu'une réclamation soit jugée recevable sur la base de l'«exception territoriale» lorsque l'obligation qui n'a pas été respectée est mineure, alors que cette même exception ne s'appliquerait pas à des réclamations ayant trait au manquement à des obligations relevant de normes impératives.

12. L'application des critères énoncés ci-dessus aurait exigé que la Cour examinât de manière plus approfondie, et à la lumière des faits de chaque

the various decisions of Italian courts to which the Application of Germany refers. This should have led the Court to conclude that, at least for certain decisions of Italian courts, the exercise of jurisdiction could not be regarded as being in breach of an obligation under general international law.

(Signed) Giorgio GAJA.

---

affaire, les différentes décisions rendues par les tribunaux italiens auxquelles l'Allemagne s'est référée dans sa requête. Pareil examen aurait dû conduire la Cour à conclure que, au moins en ce qui concerne certaines de ces décisions, l'exercice, par le tribunal en question, de sa compétence ne pouvait être considéré comme étant contraire à une obligation de droit international général.

(*Signé*) Giorgio GAJA.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE
AHMADOU SADIO DIALLO

(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE c. RÉPUBLIQUE
DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

INDEMNISATION DUE PAR LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE
DU CONGO À LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE

ARRÊT DU 19 JUIN 2012

2012

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING
AHMADOU SADIO DIALLO

(REPUBLIC OF GUINEA *v.* DEMOCRATIC
REPUBLIC OF THE CONGO)

COMPENSATION OWED BY THE DEMOCRATIC REPUBLIC
OF THE CONGO TO THE REPUBLIC OF GUINEA

JUDGMENT OF 19 JUNE 2012

Mode officiel de citation:

Ahmadou Sadio Diallo
(République de Guinée c. République démocratique du Congo),
indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324

Official citation:

Ahmadou Sadio Diallo
(Republic of Guinea v. *Democratic Republic of the Congo),*
Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 324

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071146-3

N° de vente: **1032**
Sales number

19 JUIN 2012

ARRÊT

AHMADOU SADIO DIALLO

(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE c. RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

INDEMNISATION DUE PAR LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO À LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE

AHMADOU SADIO DIALLO

(REPUBLIC OF GUINEA *v.* DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO)

COMPENSATION OWED BY THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO TO THE REPUBLIC OF GUINEA

19 JUNE 2012

JUDGMENT

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

QUALITÉS 1-10

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES 11-17

II. LES CHEFS DE PRÉJUDICE AU TITRE DESQUELS L'INDEMNISATION EST DEMANDÉE 18-55

A. L'indemnité réclamée au titre du préjudice immatériel subi par M. Diallo 18-25

B. L'indemnité réclamée au titre du préjudice matériel subi par M. Diallo 26-55

1. Perte de biens personnels qu'aurait subie M. Diallo (y compris ses avoirs en banque) 27-36

2. Perte de rémunération qu'aurait subie M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicites 37-50

3. Privation alléguée de gains potentiels 51-55

III. TOTAL DE L'INDEMNITÉ ET INTÉRÊTS MORATOIRES 56-57

IV. FRAIS DE PROCÉDURE 58-60

DISPOSITIF 61

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE	1-10
I. INTRODUCTORY OBSERVATIONS	11-17
II. HEADS OF DAMAGE IN RESPECT OF WHICH COMPENSATION IS REQUESTED	18-55
A. Claim for compensation for non-material injury suffered by Mr. Diallo	18-25
B. Claim for compensation for material injury suffered by Mr. Diallo	26-55
1. Alleged loss of Mr. Diallo's personal property (including assets in bank accounts)	27-36
2. Alleged loss of remuneration during Mr. Diallo's unlawful detentions and following his unlawful expulsion	37-50
3. Alleged deprivation of potential earnings	51-55
III. TOTAL SUM AWARDED AND POST-JUDGMENT INTEREST	56-57
IV. PROCEDURAL COSTS	58-60
OPERATIVE CLAUSE	61

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2012

2012
19 juin
Rôle général
n° 103

19 juin 2012

AFFAIRE AHMADOU SADIO DIALLO

(RÉPUBLIQUE DE GUINÉE c. RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

INDEMNISATION DUE PAR LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO À LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE

Remarques préliminaires.

Objet de la présente procédure au regard de l'arrêt de la Cour du 30 novembre 2010 — Détermination du montant de l'indemnisation — Préjudice résultant des détentions et expulsion illicites de M. Diallo — Exercice par la Guinée de la protection diplomatique — Règles générales en matière d'indemnisation — Etablissement du préjudice et lien de causalité entre les actes illicites constatés et ledit préjudice — Evaluation du préjudice — Règle générale selon laquelle il incombe à la partie qui allègue un fait d'en démontrer l'existence — Application souple de cette règle en l'espèce, le défendeur étant mieux à même d'établir certains faits — Preuves fournies par la Guinée servant de point de départ à l'examen de la Cour — Evaluation à la lumière des éléments produits par la République démocratique du Congo (RDC) — Prise en compte de la difficulté de fournir certaines preuves du fait du caractère brusque de l'expulsion de M. Diallo — Examen de la Cour limité au préjudice découlant de la violation des droits de M. Diallo en tant qu'individu.

*

Indemnité réclamée au titre du préjudice immatériel subi par M. Diallo.

Préjudice immatériel pouvant prendre diverses formes — Préjudice immatériel pouvant être établi même en l'absence d'éléments de preuve précis — Préjudice immatériel subi par M. Diallo découlant inévitablement des faits illicites de la RDC dont la Cour a déjà établi l'existence dans son arrêt sur le fond — Cour fondée à conclure que le comportement illicite de la RDC a été pour M. Diallo une source d'importantes souffrances psychologiques et a porté atteinte à sa réputation — Prise en considération du nombre de jours que M. Diallo a passés en détention et du fait qu'il n'a pas été

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2012

2012
19 June
General List
No. 103

19 June 2012

CASE CONCERNING AHMADOU SADIO DIALLO

(REPUBLIC OF GUINEA *v.* DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO)

COMPENSATION OWED BY THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO TO THE REPUBLIC OF GUINEA

Introductory observations.

Object of the present proceedings pursuant to Court's Judgment of 30 November 2010 — Determination of amount of compensation — Injury resulting from unlawful detentions and expulsion of Mr. Diallo — Guinea's exercise of diplomatic protection — General rules governing compensation — Establishment of injury and causal nexus between the wrongful acts and that injury — Valuation of the injury — General rule that it is for the party which alleges a particular fact to prove existence of that fact — That rule to be applied flexibly in this case as Respondent may be in a better position to establish certain facts — Evidence adduced by Guinea as starting point of the Court's inquiry — Assessment in light of evidence introduced by the Democratic Republic of the Congo (DRC) — Allowance for the difficulty in providing certain evidence because of abruptness of Mr. Diallo's expulsion — The Court's inquiry limited to the injury resulting from the breach of Mr. Diallo's rights as an individual.

*

Claim for compensation for non-material injury suffered by Mr. Diallo.

Non-material injury may take various forms — Establishment of non-material injury even without specific evidence — Non-material injury of Mr. Diallo as an inevitable consequence of the wrongful acts of the DRC already ascertained by the Court in its Judgment on the merits — Reasonable to conclude that the wrongful conduct of the DRC caused Mr. Diallo significant psychological suffering and loss of reputation — Number of days for which Mr. Diallo was detained, as well as fact that he was not mistreated, taken into account — Context in which the wrongful

soumis à de mauvais traitements — Contexte dans lequel les détentions et l'expulsion illicites ont eu lieu ainsi que leur caractère arbitraire constituant des facteurs qui aggravent le préjudice immatériel infligé à M. Diallo — Importance des considérations d'équité dans la détermination du montant de l'indemnité due à raison du préjudice immatériel — Octroi d'une indemnité de 85 000 dollars des Etats-Unis.

*

Indemnité réclamée au titre du préjudice matériel subi par M. Diallo.

Perte alléguée de biens personnels.

Non-prise en compte des biens des deux sociétés, la Cour ayant déjà déclaré les réclamations y afférentes irrecevables — Inventaire des biens personnels se trouvant dans l'appartement de M. Diallo dressé douze jours après l'expulsion — Guinée n'ayant pas réussi à établir l'étendue de la perte subie par M. Diallo en ce qui concerne ses biens personnels répertoriés dans l'inventaire ni la mesure dans laquelle cette perte aurait été causée par le comportement illicite de la RDC — Absence d'éléments de preuve concernant la valeur des biens personnels inventoriés — M. Diallo étant néanmoins tenu de déménager les biens en Guinée ou de prendre des mesures pour en disposer en RDC — Octroi d'une indemnité de 10 000 dollars des Etats-Unis sur la base de considérations d'équité.

Objets de grande valeur ne figurant pas dans l'inventaire — Guinée n'ayant présenté aucune preuve que M. Diallo possédait ces objets au moment de son expulsion; que, à supposer que tel ait été le cas, ceux-ci se trouvaient dans son appartement; ou qu'ils avaient été perdus en conséquence du traitement infligé à M. Diallo par la RDC — Aucune indemnisation à ce titre.

Sommes qui auraient été détenues sur des comptes en banque — Guinée n'ayant donné aucune information sur le montant total des sommes ainsi détenues ni sur le solde de tel ou tel compte, non plus que sur le nom des établissements bancaires concernés — Aucun élément démontrant que les détentions et l'expulsion illicites de M. Diallo auraient provoqué la perte de sommes détenues sur des comptes bancaires — Aucune indemnisation à ce titre.

Perte de rémunération qu'aurait subie M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicites.

Cour pouvant connaître, dans le cadre de l'indemnisation, d'une réclamation formée au titre d'une perte de revenus subie par suite d'une détention illicite — Cour fondée à procéder à une estimation si le montant de la perte de revenus ne peut être chiffré avec exactitude — Guinée n'ayant apporté aucune preuve montrant que M. Diallo percevait, en tant que gérant d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre, une rémunération mensuelle de 25 000 dollars des Etats-Unis — Eléments de preuve indiquant, au contraire, que ni l'une ni l'autre de ces sociétés n'était active dans les années qui ont immédiatement précédé les détentions — Guinée n'ayant pas réussi à prouver que les détentions illicites de M. Diallo auraient entraîné la perte de la rémunération qu'il aurait pu recevoir — Rejet de la demande de la Guinée au titre de la perte de rémunération subie par M. Diallo pendant ses périodes de détention — Motifs de rejet de cette demande valant aussi pour celle, en grande partie fondée sur des conjectures, ayant trait à la période suivant l'expulsion de M. Diallo — Aucune indemnisation à ce titre.

Privation alléguée de gains potentiels.

Réclamation de la Guinée relative à des « gains potentiels » allant au-delà de l'objet de l'instance, la Cour ayant déjà déclaré irrecevables les demandes guinéennes se rapportant aux préjudices qui auraient été causés aux sociétés — Aucune indemnisation à ce titre.

*

detentions and expulsion occurred, as well as their arbitrary nature, as factors aggravating Mr. Diallo's non-material injury — Importance of equitable considerations in the quantification of compensation for non-material injury — US$85,000 in compensation awarded.

*

Claim for compensation for material injury suffered by Mr. Diallo.

Alleged loss of personal property.

Property of the two companies not taken into account given the Court's prior decision that claims related thereto were inadmissible — Personal property located in Mr. Diallo's apartment appearing on an inventory prepared 12 days after his expulsion — Failure of Guinea to prove extent of loss of Mr. Diallo's personal property listed on inventory and extent to which any such loss was caused by the unlawful conduct of the DRC — Lack of any evidence regarding value of items on inventory — Mr. Diallo nevertheless required to transport his personal property to Guinea or to arrange for its disposition in the DRC — US$10,000 awarded based on equitable considerations.

High-value items not specified on the inventory — No evidence put forward by Guinea that Mr. Diallo owned these items at the time of his expulsion; that they were in his apartment if he did own them; or that they were lost as a result of Mr. Diallo's treatment by the DRC — No compensation awarded.

Assets alleged to have been contained in bank accounts — No information provided by Guinea about total sum held in bank accounts, the amount of any particular account or the name(s) of bank(s) in which account(s) were held — No evidence put forward by Guinea demonstrating that the unlawful detentions and expulsion of Mr. Diallo caused the loss of any assets held in bank accounts — No compensation awarded.

Alleged loss of remuneration during Mr. Diallo's unlawful detentions and following his expulsion.

Cognizable character, as a component of compensation, of claim for income lost as a result of unlawful detention — Estimation may be appropriate where amount of lost income cannot be calculated precisely — No evidence however offered by Guinea to support the claim that Mr. Diallo was earning US$25,000 per month as gérant *of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire — Evidence, on the contrary, that neither of the companies was conducting business during the years immediately prior to Mr. Diallo's detentions — Failure of Guinea to prove how Mr. Diallo's unlawful detentions would have caused him to lose any remuneration he could have been receiving — Guinea's claim for loss of remuneration during period of Mr. Diallo's detention rejected — Reasons for rejecting claim equally applicable to Guinea's highly speculative claim relating to the period following Mr. Diallo's expulsion — No compensation awarded.*

Alleged deprivation of potential earnings.

Guinea's claim concerning "potential earnings" as beyond the scope of the proceedings, given the Court's prior decision on the inadmissibility of Guinea's claims relating to the injuries alleged to have been caused to the companies — No compensation awarded.

*

Total de l'indemnité et intérêts moratoires.

Indemnité à verser à la Guinée s'élevant à un total de 95 000 dollars des Etats-Unis, payable le 31 août 2012 au plus tard — En cas de paiement tardif, intérêts moratoires sur la somme principale due à courir, à compter du 1er septembre 2012, au taux annuel de 6 pour cent — Indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, étant destinée à réparer le préjudice subi par ce dernier.

*

Frais de procédure.

Libellé de l'article 64 du Statut de la Cour laissant entendre que certaines circonstances pourraient justifier l'adjudication de frais en faveur de l'une ou l'autre des parties — Absence de telles circonstances en l'espèce.

ARRÊT

Présents: M. TOMKA, *président*; M. SEPÚLVEDA-AMOR, *vice-président*; MM. OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, Mmes XUE, DONOGHUE, M. GAJA, Mme SEBUTINDE, *juges*; MM. MAHIOU, MAMPUYA, *juges* ad hoc; M. COUVREUR, *greffier*.

En l'affaire Ahmadou Sadio Diallo,

entre

la République de Guinée,

représentée par

M. Mohamed Camara, premier conseiller chargé des questions politiques à l'ambassade de Guinée auprès des pays du Benelux et de l'Union européenne,

comme agent;

M. Hassane II Diallo, conseiller et chargé de mission au ministère de la justice,

comme coagent,

et

la République démocratique du Congo,

représentée par

S. Exc. M. Henri Mova Sakanyi, ambassadeur de la République démocratique du Congo auprès du Royaume de Belgique, du Royaume des Pays-Bas et du Grand-Duché de Luxembourg,

comme agent;

Total sum awarded and post-judgment interest.

The total sum awarded to Guinea is US$95,000 to be paid by 31 August 2012 — Should payment be delayed, post-judgment interest on the principal sum due to accrue as from 1 September 2012 at an annual rate of 6 per cent — Sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo intended to provide reparation for the latter's injury.

*

Procedural costs.

Article 64 of the Statute of the Court as implying that there may be circumstances which would make it appropriate for the Court to allocate costs in favour of one of the parties — No such circumstances exist in the present case.

JUDGMENT

Present: *President* TOMKA; *Vice-President* SEPÚLVEDA-AMOR; *Judges* OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE; *Judges* ad hoc MAHIOU, MAMPUYA; *Registrar* COUVREUR.

In the case concerning Ahmadou Sadio Diallo,

between

the Republic of Guinea,

represented by

Mr. Mohamed Camara, First Counsellor for Political Affairs, Embassy of Guinea in the Benelux countries and in the European Union,

as Agent;

Mr. Hassane II Diallo, Counsellor and *chargé de mission* at the Ministry of Justice,

as Co-Agent,

and

the Democratic Republic of the Congo,

represented by

H.E. Mr. Henri Mova Sakanyi, Ambassador of the Democratic Republic of the Congo to the Kingdom of Belgium, the Kingdom of the Netherlands and the Grand Duchy of Luxembourg,

as Agent;

M. Tshibangu Kalala, professeur de droit international à l'Université de Kinshasa, avocat aux barreaux de Kinshasa et de Bruxelles, député au Parlement congolais,

comme coagent,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant :

1. Le 28 décembre 1998, le Gouvernement de la République de Guinée (dénommée ci-après la «Guinée») a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République démocratique du Congo (ci-après la «RDC», dénommée Zaïre entre 1971 et 1997) au sujet d'un différend relatif à de «graves violations du droit international» alléguées avoir été commises sur la personne de M. Ahmadou Sadio Diallo, ressortissant guinéen.

Dans la requête, la Guinée soutenait que

> «M. Diallo Ahmadou Sadio, homme d'affaires de nationalité guinéenne, a[vait] été, après trente-deux (32) ans passés en République démocratique du Congo, injustement incarcéré par les autorités de cet Etat, spolié de ses importants investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires, puis expulsé.»

La Guinée y ajoutait que

> «[c]ette expulsion [était] intervenue à un moment où M. Ahmadou Sadio Diallo poursuivait le recouvrement d'importantes créances détenues par ses entreprises [Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre] sur l'Etat [congolais] et les sociétés pétrolières qu'il abrit[ait] et dont il [était] actionnaire».

Selon la Guinée, les arrestations, les détentions et l'expulsion de M. Diallo constituaient, entre autres, des violations

> «[du] principe du traitement des étrangers selon «le standard minimum de civilisation», [de] l'obligation de respect de la liberté et de la propriété des étrangers, [et de] la reconnaissance aux étrangers incriminés du droit à un jugement équitable et contradictoire rendu par une juridiction impartiale».

Dans sa requête, la Guinée invoquait, pour fonder la compétence de la Cour, les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de celle-ci faites par les deux Etats au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

2. Le 3 octobre 2002, la RDC a soulevé des exceptions préliminaires portant sur la recevabilité de la requête de la Guinée. Dans son arrêt du 24 mai 2007 sur lesdites exceptions, la Cour a déclaré la requête de la République de Guinée recevable, d'une part, «en ce qu'elle a[vait] trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu» et, d'autre part, «en ce qu'elle a[vait] trait à la protection des droits propres de [celui-ci] en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre». En revanche, la Cour a déclaré la requête de la République de Guinée irrecevable «en ce qu'elle a[vait] trait à la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits des sociétés

Mr. Tshibangu Kalala, Professor of International Law at the University of Kinshasa, member of the Kinshasa and Brussels Bars, and member of the Congolese Parliament,

as Co-Agent,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 28 December 1998, the Government of the Republic of Guinea (hereinafter "Guinea") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Democratic Republic of the Congo (hereinafter the "DRC", named Zaire between 1971 and 1997) in respect of a dispute concerning "serious violations of international law" alleged to have been committed upon the person of Mr. Ahmadou Sadio Diallo, a Guinean national.

In the Application, Guinea maintained that:

> "Mr. Ahmadou Sadio Diallo, a businessman of Guinean nationality, was unjustly imprisoned by the authorities of the Democratic Republic of the Congo, after being resident in that State for thirty-two (32) years, despoiled of his sizable investments, businesses, movable and immovable property and bank accounts, and then expelled."

Guinea added:

> "[t]his expulsion came at a time when Mr. Ahmadou Sadio Diallo was pursuing recovery of substantial debts owed to his businesses [Africom-Zaire and Africontainers-Zaire] by the [Congolese] State and by oil companies established in its territory and of which the State is a shareholder".

According to Guinea, Mr. Diallo's arrests, detentions and expulsion constituted, *inter alia*, violations of

> "the principle that aliens should be treated in accordance with 'a minimum standard of civilization', [of] the obligation to respect the freedom and property of aliens, [and of] the right of aliens accused of an offence to a fair trial on adversarial principles by an impartial court".

To found the jurisdiction of the Court, Guinea invoked in the Application the declarations whereby the two States have recognized the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court.

2. On 3 October 2002, the DRC raised preliminary objections in respect of the admissibility of Guinea's Application. In its Judgment of 24 May 2007 on these preliminary objections, the Court declared the Application of the Republic of Guinea to be admissible "in so far as it concerns protection of Mr. Diallo's rights as an individual" and "in so far as it concerns protection of [his] direct rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire". However, the Court declared the Application of the Republic of Guinea to be inadmissible "in so far as it concerns protection of Mr. Diallo in respect of alleged violations of rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire" (*Ahmadou Sadio Diallo*

Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre» (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 617-618, par. 98, point 3 *a)*, *b)* et *c)* du dispositif).

3. Dans son arrêt sur le fond du 30 novembre 2010, la Cour a jugé que, eu égard aux conditions dans lesquelles M. Diallo avait été expulsé le 31 janvier 1996, la RDC avait violé l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après le «Pacte»), ainsi que le paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la «Charte africaine») (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 692, par. 165, point 2 du dispositif). Elle a également jugé que, eu égard aux conditions dans lesquelles M. Diallo avait été arrêté et détenu en 1995-1996 en vue de son expulsion, la RDC avait violé les paragraphes 1 et 2 de l'article 9 du Pacte et l'article 6 de la Charte africaine (*ibid.*, p. 692, par. 165, point 3 du dispositif).

4. La Cour a dit en outre que

> «la République démocratique du Congo a[vait] l'obligation de fournir une réparation appropriée, sous la forme d'une indemnisation, à la République de Guinée pour les conséquences préjudiciables résultant des violations d'obligations internationales visées aux points 2 et 3 [du dispositif]» (*ibid.*, p. 693, par. 165, point 7 du dispositif),

à savoir les arrestations, les détentions et l'expulsion illicites de M. Diallo.

5. La Cour a de surcroît jugé que la RDC avait violé les droits que M. Diallo tenait de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (*ibid.*, p. 692, par. 165, point 4 du dispositif), sans toutefois prescrire le versement d'une indemnité à ce titre (*ibid.*, p. 693, par. 165, point 7 du dispositif).

6. Dans le même arrêt, la Cour a rejeté le surplus des conclusions de la Guinée relatives aux arrestations et aux détentions de M. Diallo, y compris l'allégation selon laquelle celui-ci avait été soumis, pendant ses détentions, à un traitement prohibé par le paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte (*ibid.*, point 5 du dispositif). De plus, elle a jugé que la RDC n'avait pas violé les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre (*ibid.*, point 6 du dispositif).

7. Enfin, la Cour a décidé, en ce qui concerne l'indemnisation due à la Guinée par la RDC, que, «au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord à ce sujet dans les six mois à compter du[dit] arrêt, [cette] question ... sera[it] réglée par la Cour» (*ibid.*, point 8 du dispositif). S'estimant «suffisamment informée des faits de [l']espèce», la Cour a précisé que, «dans ce cas, un seul échange de pièces de procédure écrite lui serait suffisant pour fixer [l]e montant [de l'indemnité]» (*ibid.*, p. 692, par. 164).

8. Le délai de six mois ainsi fixé par la Cour étant arrivé à échéance le 30 mai 2011 sans que les Parties aient pu se mettre d'accord sur la question de l'indemnisation due à la Guinée, le président de la Cour a tenu une réunion avec les représentants des Parties le 14 septembre 2011, aux fins de recueillir les vues de celles-ci sur les délais à fixer pour le dépôt des deux pièces de procédure écrite prévues par la Cour.

9. Par ordonnance du 20 septembre 2011, la Cour a fixé au 6 décembre 2011 et au 21 février 2012, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire de la Guinée et du contre-mémoire de la RDC sur la question

(Republic of Guinea v. *Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, pp. 617-618, para. 98, subpara. 3 *(a)*, *(b)*, and *(c)* of the operative part).

3. In its Judgment of 30 November 2010 on the merits, the Court found that, in respect of the circumstances in which Mr. Diallo had been expelled on 31 January 1996, the DRC had violated Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter the "Covenant") and Article 12, paragraph 4, of the African Charter on Human and Peoples' Rights (hereinafter the "African Charter") (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 692, para. 165, subpara. (2) of the operative part). The Court also found that, in respect of the circumstances in which Mr. Diallo had been arrested and detained in 1995-1996 with a view to his expulsion, the DRC had violated Article 9, paragraphs 1 and 2, of the Covenant and Article 6 of the African Charter (*ibid.*, p. 692, para. 165, subpara. (3) of the operative part).

4. The Court further decided that

> "the Democratic Republic of the Congo [was] under obligation to make appropriate reparation, in the form of compensation, to the Republic of Guinea for the injurious consequences of the violations of international obligations referred to in subparagraphs (2) and (3) [of the operative part]" (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (7) of the operative part),

namely the unlawful arrests, detentions and expulsion of Mr. Diallo.

5. In addition, the Court found that the DRC had violated Mr. Diallo's rights under Article 36, paragraph 1 *(b)*, of the Vienna Convention on Consular Relations (*ibid.*, p. 692, para. 165, subpara. (4) of the operative part). It did not however order the DRC to pay compensation for this violation (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (7) of the operative part).

6. In the same Judgment, the Court rejected all other submissions by Guinea relating to the arrests and detentions of Mr. Diallo, including the contention that he was subjected to treatment prohibited by Article 10, paragraph 1, of the Covenant during his detentions (*ibid.*, subpara. (5) of the operative part). Furthermore, the Court found that the DRC had not violated Mr. Diallo's direct rights as an *associé* in the companies Africom- Zaire and Africontainers-Zaire (*ibid.*, subpara. (6) of the operative part).

7. Finally, the Court decided, with respect to the question of compensation owed by the DRC to Guinea, that "failing agreement between the Parties on this matter within six months from the date of [the said] Judgment, [this] question . . . shall be settled by the Court" (*ibid.*, subpara. (8) of the operative part). Considering itself to have been "sufficiently informed of the facts of the . . . case", the Court found that "a single exchange of written pleadings by the Parties would then be sufficient in order for it to decide on the amount of compensation" (*ibid.*, p. 692, para. 164).

8. The time-limit of six months thus fixed by the Court having expired on 30 May 2011 without an agreement being reached between the Parties on the question of compensation due to Guinea, the President of the Court held a meeting with the representatives of the Parties on 14 September 2011 in order to ascertain their views on the time-limits to be fixed for the filing of the two pleadings envisaged by the Court.

9. By an Order of 20 September 2011, the Court fixed 6 December 2011 and 21 February 2012 as the respective time-limits for the filing of the Memorial of Guinea and the Counter-Memorial of the DRC on the question of compensa-

de l'indemnisation due à la Guinée. Le mémoire et le contre-mémoire ont été dûment déposés dans les délais ainsi prescrits.

10. Au cours de la procédure écrite relative à l'indemnisation, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de la Guinée,

dans le mémoire:

> «Pour la réparation des préjudices subis par M. Ahmadou Sadio Diallo à la suite de ses détentions et de son expulsion arbitraires, la République de Guinée sollicite qu'il plaise à la Cour [de] condamner la République démocratique du Congo à lui payer (pour le compte de son ressortissant) les sommes ci-après:
>
> — 250 000 dollars des Etats-Unis au titre du préjudice moral et psychologique, y compris l'atteinte à la réputation;
> — 6 430 148 dollars des Etats-Unis au titre de la perte de revenus pendant les détentions et après l'expulsion;
> — 550 000 dollars des Etats-Unis au titre des autres dommages matériels; et
> — 4 360 000 dollars américains au titre de la perte potentielle de gain;
>
> soit au total la somme de onze millions cinq cent quatre-vingt-dix mille cent quarante-huit (11 590 148) dollars des Etats-Unis, outre les intérêts légaux moratoires.
>
> Par ailleurs, le fait d'avoir contraint l'Etat guinéen à engager la présente procédure l'a exposé à des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge et qui sont évalués à la somme de 500 000 dollars des Etats-Unis. La République de Guinée sollicite également qu'il plaise à la Cour [de] condamner la RDC à lui payer cette somme.
>
> Il convient, en outre, de condamner la République démocratique du Congo aux entiers dépens.»

Au nom du Gouvernement de la RDC,

dans le contre-mémoire:

> «Eu égard à tous les arguments de fait et de droit exposés ci-dessus, la République démocratique du Congo prie la Cour de dire et de juger que:
>
> 1) l'indemnité d'un montant de 30 000 dollars des Etats-Unis est due à la Guinée pour réparer le préjudice immatériel subi par M. Diallo à la suite de ses détentions et expulsion illicites en 1995-1996;
> 2) aucun intérêt moratoire n'est dû sur le montant de l'indemnité fixé ci-dessus;
> 3) la RDC dispose d'un délai de six mois à compter du prononcé de l'arrêt de la Cour pour verser à la Guinée l'indemnité fixée ci-dessus;
> 4) aucune indemnité n'est due pour les autres dommages matériels allégués par la Guinée;
> 5) chacune des Parties supporte ses propres frais de procédure, y inclus les frais et honoraires de ses conseils, avocats, conseillers, assistants et autres.»

* * *

tion due to Guinea. The Memorial and the Counter-Memorial were duly filed within the time-limits thus prescribed.

10. In the written proceedings relating to compensation, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Guinea,

in the Memorial:

> "In compensation for the damage suffered by Mr. Ahmadou Sadio Diallo as a result of his arbitrary detentions and expulsion, the Republic of Guinea begs the Court to order the Democratic Republic of the Congo to pay it (on behalf of its national) the following sums:
>
> — US$250,000 for mental and moral damage, including injury to his reputation;
> — US$6,430,148 for loss of earnings during his detention and following his expulsion;
> — US$550,000 for other material damage; and
>
> — US$4,360,000 for loss of potential earnings;
>
> amounting to a total of eleven million five hundred and ninety thousand one hundred and forty-eight American dollars (US$11,590,148), not including statutory default interest.
>
> Furthermore, as a result of having been forced to institute the present proceedings, the Guinean State has incurred unrecoverable costs which it should not, in equity, be required to bear and which are assessed at US$500,000. The Republic of Guinea also begs the Court to order the DRC to pay it that sum.
>
> The Democratic Republic of the Congo should also be ordered to pay all the costs."

On behalf of the Government of the DRC,

in the Counter-Memorial:

> "Having regard to all of the arguments of fact and law set out above, the Democratic Republic of the Congo asks the Court to adjudge and declare that:
>
> (1) compensation in an amount of US$30,000 is due to Guinea to make good the non-pecuniary injury suffered by Mr. Diallo as a result of his wrongful detentions and expulsion in 1995-1996;
> (2) no default interest is due on the amount of compensation as fixed above;
> (3) the DRC shall have a time-limit of six months from the date of the Court's judgment in which to pay to Guinea the above amount of compensation;
> (4) no compensation is due in respect of the other material damage claimed by Guinea;
> (5) each Party shall bear its own costs of the proceedings, including costs and fees of its counsel, advocates, advisers, assistants and others."

* * *

I. Remarques préliminaires

11. Il revient à la Cour, à ce stade de la procédure, de déterminer le montant de l'indemnité devant être accordée à la Guinée du fait des arrestations, des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo par la RDC, conformément aux conclusions formulées par la Cour dans son arrêt du 30 novembre 2010 et rappelées ci-dessus. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que le montant de l'indemnité devait être établi «à raison du dommage résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a[vait] découlé» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 691, par. 163).

12. La Cour rappellera tout d'abord certains des faits sur lesquels repose son arrêt du 30 novembre 2010. M. Diallo a été détenu du 5 novembre 1995 au 10 janvier 1996, soit soixante-six jours sans interruption (*ibid.*, p. 662, par. 59), puis de nouveau entre le 25 et le 31 janvier 1996 (*ibid.*, p. 662, par. 60), soit un total de soixante-douze jours. La Cour a noté à cet égard que la Guinée n'avait pas démontré que M. Diallo aurait été soumis à des traitements inhumains ou dégradants lors de ses détentions (*ibid.*, p. 671, par. 88-89). Elle a par ailleurs constaté que M. Diallo avait été expulsé par la RDC le 31 janvier 1996 et qu'il avait reçu le même jour notification de la mesure d'expulsion dont il faisait l'objet (*ibid.*, p. 659, par. 50, et p. 668, par. 78).

13. La Cour se penchera maintenant sur la question de l'indemnisation due au titre des violations des droits de l'homme subies par M. Diallo, dont elle a constaté l'existence dans son arrêt du 30 novembre 2010. Elle rappelle qu'elle a eu l'occasion de fixer le montant d'une indemnité dans une affaire, celle du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie, fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 244). En l'espèce, la Guinée exerce sa protection diplomatique en faveur de l'un de ses ressortissants, M. Diallo, et réclame une indemnisation au titre du préjudice causé à celui-ci. Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (*fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 27-28), «[i]l est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité correspondant au dommage que les ressortissants de l'Etat lésé ont subi par suite de l'acte contraire au droit international». La Cour tient compte de la pratique d'autres juridictions et commissions internationales (telles que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran, la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie et la Commission d'indemnisation des Nations Unies), qui ont appliqué les principes généraux régissant l'indemnisation lorsqu'elles ont été appelées à fixer le montant d'une indemnité, notamment à raison du préjudice découlant d'une détention ou d'une expulsion illicites.

14. La Guinée demande à être indemnisée pour quatre chefs de préjudice: un chef de préjudice immatériel (qu'elle a appelé «préjudice moral

I. Introductory Observations

11. It falls to the Court at this stage of the proceedings to determine the amount of compensation to be awarded to Guinea as a consequence of the unlawful arrests, detentions and expulsion of Mr. Diallo by the DRC, pursuant to the findings of the Court set out in its Judgment of 30 November 2010 and recalled above. In that Judgment, the Court indicated that the amount of compensation was to be based on "the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-96, including the resulting loss of his personal belongings" (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 691, para. 163).

12. The Court begins by recalling certain of the facts on which it based its Judgment of 30 November 2010. Mr. Diallo was continuously detained for 66 days, from 5 November 1995 until 10 January 1996 (*ibid.*, p. 662, para. 59), and was detained for a second time between 25 and 31 January 1996 (*ibid.*, p. 662, para. 60), that is, for a total of 72 days. The Court also observed that Guinea failed to demonstrate that Mr. Diallo was subjected to inhuman or degrading treatment during his detentions (*ibid.*, p. 671, paras. 88-89). In addition, the Court found that Mr. Diallo was expelled by the DRC on 31 January 1996 and that he received notice of his expulsion on the same day (*ibid.*, p. 659, para. 50, and p. 668, para. 78).

13. The Court turns to the question of compensation for the violations of Mr. Diallo's human rights established in its Judgment of 30 November 2010. It recalls that it has fixed an amount of compensation once, in the *Corfu Channel* case (*(United Kingdom* v. *Albania), Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 244). In the present case, Guinea is exercising diplomatic protection with respect to one of its nationals, Mr. Diallo, and is seeking compensation for the injury caused to him. As the Permanent Court of International Justice stated in the *Factory of Chorzów* case (*Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pp. 27-28), "[i]t is a principle of international law that the reparation of a wrong may consist in an indemnity corresponding to the damage which the nationals of the injured State have suffered as a result of the act which is contrary to international law". The Court has taken into account the practice in other international courts, tribunals and commissions (such as the International Tribunal for the Law of the Sea, the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Iran-United States Claims Tribunal, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, and the United Nations Compensation Commission), which have applied general principles governing compensation when fixing its amount, including in respect of injury resulting from unlawful detention and expulsion.

14. Guinea seeks compensation under four heads of damage: non-material injury (referred to by Guinea as "mental and moral dam-

et psychologique») et trois chefs de préjudice matériel, à savoir, respectivement, la perte alléguée de biens personnels, la perte alléguée de rémunération professionnelle (qu'elle a appelée la «perte de revenus») subie par M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion, et la privation alléguée de «gains potentiels». Pour chacun de ces chefs, la Cour examinera si l'existence du préjudice est établie. Ensuite, elle «rechercher[a] si et dans quelle mesure le dommage invoqué par le demandeur est la conséquence du comportement illicite du défendeur», en analysant «s'il existe un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le fait illicite ... et le préjudice subi par le demandeur» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 233-234, par. 462). Une fois que l'existence du préjudice et le lien de causalité avec les faits illicites auront été établis, la Cour procédera à l'évaluation de ce préjudice.

15. Aux fins de déterminer le montant de l'indemnité due à la Guinée en l'espèce, la Cour devra mettre en balance les faits allégués par les Parties. Elle a rappelé dans son arrêt du 30 novembre 2010 que, en règle générale, c'est à la partie qui allègue un fait à l'appui de ses prétentions qu'il appartient d'en démontrer l'existence (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 660, par. 54; voir aussi *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 668, par. 72; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 71, par. 162). Elle a également reconnu qu'il lui faudrait, en l'espèce, faire preuve de souplesse dans l'application de cette règle générale et, notamment, que le défendeur pourrait être mieux à même d'établir certains faits (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 660-661, par. 54-56).

16. Au stade actuel de la procédure, la Cour adoptera de nouveau la démarche indiquée au paragraphe précédent. Ainsi, elle commencera par s'intéresser aux éléments de preuve présentés par la Guinée à l'appui de chacun des chefs de préjudice exposés dans sa demande, qu'elle évaluera ensuite à la lumière des éléments produits par la RDC. Elle est en outre bien consciente que le caractère brusque de l'expulsion dont M. Diallo a fait l'objet a pu compromettre les chances de ce dernier et de la Guinée de retrouver certains documents, d'où la nécessité pour elle de faire preuve de quelque souplesse dans son examen du dossier.

17. Avant d'aborder les différents chefs de préjudice, la Cour rappelle que les arrêts qu'elle a rendus le 24 mai 2007 et le 30 novembre 2010 circonscrivent à d'importants égards la portée de la présente procédure. Ainsi, ayant jugé irrecevable la requête de la Guinée en ce qui concerne la prétendue violation des droits des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 616, par. 94), la Cour ne tiendra pas compte de celles de ses demandes qui concernent un préjudice subi non par M. Diallo lui-même, mais par ces deux sociétés. En outre, elle n'accordera aucune indemnité relativement à l'allégation de la Guinée selon laquelle la RDC aurait violé les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé de ces mêmes

age"); and three heads of material damage: alleged loss of personal property; alleged loss of professional remuneration (referred to by Guinea as "loss of earnings") during Mr. Diallo's detentions and after his expulsion; and alleged deprivation of "potential earnings". As to each head of damage, the Court will consider whether an injury is established. It will then "ascertain whether, and to what extent, the injury asserted by the Applicant is the consequence of wrongful conduct by the Respondent", taking into account "whether there is a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act . . . and the injury suffered by the Applicant" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 233-234, para. 462). If the existence of injury and causation is established, the Court will then determine the valuation.

15. The assessment of compensation owed to Guinea in this case will require the Court to weigh the Parties' factual contentions. The Court recalled in its Judgment of 30 November 2010 that, as a general rule, it is for the party which alleges a particular fact in support of its claims to prove the existence of that fact (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 660, para. 54; see also *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia* v. *Greece), Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II)*, p. 668, para. 72; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 71, para. 162). The Court also recognized that this general rule would have to be applied flexibly in this case and, in particular, that the Respondent may be in a better position to establish certain facts (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 660-661, paras. 54-56).

16. In the present stage of the proceedings, the Court once again will be guided by the approach summarized in the preceding paragraph. Thus, the starting point in the Court's inquiry will be the evidence adduced by Guinea to support its claim under each head of damage, which the Court will assess in light of evidence introduced by the DRC. The Court also recognizes that the abruptness of Mr. Diallo's expulsion may have diminished the ability of Mr. Diallo and Guinea to locate certain documents, calling for some flexibility by the Court in considering the record before it.

17. Before turning to the various heads of damage, the Court also recalls that the scope of the present proceedings is determined in important respects by the Court's Judgments of 24 May 2007 and of 30 November 2010. Having declared Guinea's Application inadmissible as to alleged violations of the rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 616, para. 94), the Court will not take account of any claim for injury sustained by the two companies, rather than by Mr. Diallo himself. Moreover, the Court will award no compensation in respect of Guinea's claim that the DRC violated Mr. Diallo's direct rights as an *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire,

sociétés, puisqu'elle a conclu dans son arrêt du 30 novembre 2010 qu'aucune violation de cette nature ne pouvait être retenue contre la RDC (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 690, par. 157, et p. 690-691, par. 159). L'examen de la Cour sera dès lors limité au préjudice découlant de la violation des droits de l'intéressé en tant qu'individu, c'est-à-dire à celui «résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a découlé» (*ibid.*, p. 691, par. 163).

II. Les chefs de préjudice au titre desquels l'indemnisation est demandée

A. L'indemnité réclamée au titre du préjudice immatériel subi par M. Diallo

18. Le «préjudice moral et psychologique», pour reprendre les termes de la Guinée, ou le «préjudice immatériel», pour reprendre ceux de la RDC, désigne le préjudice non matériel qui est subi par l'entité ou la personne lésée. Le préjudice immatériel subi par une personne et susceptible d'être reconnu en droit international peut prendre diverses formes. Par exemple, dans les affaires *Lusitania* portées devant la Commission mixte de réclamations (Etats-Unis/Allemagne), le surarbitre a mentionné les «souffrances morales [du plaignant], l'atteinte à ses sentiments, l'humiliation, la honte, la dégradation, la perte de sa position sociale ou l'atteinte portée à son crédit ou à sa réputation» (décision dans les affaires *Lusitania*, 1er novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. VII, p. 40 *[traduction du Greffe]*). La Cour interaméricaine des droits de l'homme a quant à elle observé dans l'affaire *Gutiérrez-Soler c. Colombie* que «[l]e préjudice immatériel p[ouvait] comprendre la détresse et la souffrance, l'atteinte aux valeurs fondamentales de la victime et les bouleversements de nature non pécuniaire provoqués dans sa vie quotidienne» (arrêt du 12 septembre 2005 (fond, réparations et frais), CIADH, série C, n° 132, par. 82 *[traduction du Greffe]*).

19. Dans la présente affaire, la Guinée soutient que

> «Monsieur Diallo a subi un préjudice moral et psychologique, y compris douleurs, souffrances et chocs émotionnels, ainsi que la perte de sa position sociale et une atteinte à sa réputation du fait des arrestations et détentions et de l'expulsion dont il a été l'objet de la part de la RDC.»

La Guinée n'a produit aucun élément de preuve précis au sujet de ce chef de préjudice.

20. La RDC, pour sa part, ne conteste pas que M. Diallo ait subi un «préjudice immatériel». Elle demande toutefois à la Cour de

> «tenir compte des circonstances propres à cette affaire, du caractère court de la détention dénoncée, de l'absence de mauvais traitements

because the Court found that there was no such violation in its Judgment of 30 November 2010 (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 690, para. 157, and pp. 690-691, para. 159). The Court's inquiry will be limited to the injury resulting from the breach of Mr. Diallo's rights as an individual, that is, "the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-1996, including the resulting loss of his personal belongings" (*ibid.*, p. 691, para. 163).

II. Heads of Damage in respect of which Compensation Is Requested

A. Claim for Compensation for Non-Material Injury Suffered by Mr. Diallo

18. "Mental and moral damage", referred to by Guinea, or "non-pecuniary injury", referred to by the DRC, covers harm other than material injury which is suffered by an injured entity or individual. Non-material injury to a person which is cognizable under international law may take various forms. For instance, the umpire in the *Lusitania* cases before the Mixed Claims Commission (United States/Germany) mentioned "mental suffering, injury to [a claimant's] feelings, humiliation, shame, degradation, loss of social position or injury to his credit or to his reputation" (opinion in the *Lusitania* cases, 1 November 1923, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. VII, p. 40). The Inter-American Court of Human Rights observed in *Gutiérrez-Soler* v. *Colombia* that "[n]on pecuniary damage may include distress, suffering, tampering with the victim's core values, and changes of a non-pecuniary nature in the person's everyday life" (judgment of 12 September 2005 (merits, reparations and costs), IACHR, Series C, No. 132, para. 82).

19. In the present case, Guinea contends that

> "Mr. Diallo suffered moral and mental harm, including emotional pain, suffering and shock, as well as the loss of his position in society and injury to his reputation as a result of his arrests, detentions and expulsion by the DRC."

No specific evidence regarding this head of damage is submitted by Guinea.

20. The DRC, for its part, does not contest the fact that Mr. Diallo suffered "non-pecuniary injury". However, the DRC requests the Court to

> "take into account the specific circumstances of this case, the brevity of the detention complained of, the absence of any mistreatment of

> à l'égard de M. Diallo [et] du fait que l'intéressé a été expulsé vers son pays d'origine, avec lequel il a su garder des contacts permanents et de haut niveau pendant son long séjour au Congo».

*

21. De l'avis de la Cour, un préjudice immatériel peut être établi même en l'absence d'éléments de preuve précis. Dans le cas de M. Diallo, le préjudice immatériel subi découle inévitablement des faits illicites de la RDC dont la Cour a déjà établi l'existence. Dans son arrêt sur le fond, la Cour a conclu que M. Diallo avait été arrêté sans être informé des raisons de son arrestation et sans aucune possibilité de recours (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 666, par. 74, et p. 670, par. 84); qu'il avait été détenu pendant une période exagérément longue en attendant son expulsion (*ibid.*, p. 668-669, par. 79); qu'il avait fait l'objet d'accusations sans preuves (*ibid.*, p. 669, par. 82); et qu'il avait été expulsé de manière illicite du pays où il résidait depuis trente-deux ans et où il exerçait des activités commerciales importantes (*ibid.*, p. 666-667, par. 73 et 74). Il est donc raisonnable de conclure que le comportement illicite de la RDC a été pour M. Diallo une source d'importantes souffrances psychologiques et qu'il a porté atteinte à sa réputation.

22. La Cour tient compte du nombre de jours que M. Diallo a passés en détention et de sa conclusion antérieure selon laquelle il n'a pas été démontré que l'intéressé avait été soumis à des mauvais traitements prohibés par le paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte (*ibid.*, p. 671, par. 89).

23. L'examen des circonstances propres à l'affaire met par ailleurs en évidence l'existence de certains facteurs qui aggravent le préjudice immatériel infligé à M. Diallo. L'un de ces facteurs est le contexte dans lequel les détentions et l'expulsion illicites ont eu lieu. La Cour a en effet observé, dans son arrêt sur le fond, que

> «il [était] difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier dét[enait] une part importante du capital» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 669, par. 82),

et, en outre, que

> «l'arrestation et la détention [de M. Diallo] visant à permettre l'exécution d'une telle mesure d'expulsion, qui ne repos[ait] sur aucun fondement défendable, ne p[ouvaient] qu'être qualifiées d'arbitraires au sens de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine» *(ibid.)*.

24. La détermination du montant de l'indemnité due à raison d'un préjudice immatériel repose nécessairement sur des considérations d'equité. Ainsi que l'a relevé le surarbitre dans les affaires *Lusitania*, les préjudices immatériels «sont très réels; le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou

> Mr. Diallo, [and] the fact that Mr. Diallo was expelled to his country of origin, with which he had been able to maintain ongoing and high-level contacts throughout his lengthy stay in the Congo".

21. In the view of the Court, non-material injury can be established even without specific evidence. In the case of Mr. Diallo, the fact that he suffered non-material injury is an inevitable consequence of the wrongful acts of the DRC already ascertained by the Court. In its Judgment on the merits, the Court found that Mr. Diallo had been arrested without being informed of the reasons for his arrest and without being given the possibility to seek a remedy (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 666, para. 74, and p. 670, para. 84); that he was detained for an unjustifiably long period pending expulsion (*ibid.*, pp. 668-669, para. 79); that he was made the object of accusations that were not substantiated (*ibid.*, p. 669, para. 82); and that he was wrongfully expelled from the country where he had resided for 32 years and where he had engaged in significant business activities (*ibid.*, pp. 666-667, paras. 73 and 74). Thus, it is reasonable to conclude that the DRC's wrongful conduct caused Mr. Diallo significant psychological suffering and loss of reputation.

22. The Court has taken into account the number of days for which Mr. Diallo was detained and its earlier conclusion that it had not been demonstrated that Mr. Diallo was mistreated in violation of Article 10, paragraph 1, of the Covenant (*ibid.*, p. 671, para. 89).

23. The circumstances of the case point to the existence of certain factors which aggravate Mr. Diallo's non-material injury. One is the context in which the wrongful detentions and expulsion occurred. As the Court noted in its Judgment on the merits,

> "it is difficult not to discern a link between Mr. Diallo's expulsion and the fact that he had attempted to recover debts which he believed were owed to his companies by, amongst others, the Zairean State or companies in which the State holds a substantial portion of the capital" (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 669, para. 82).

In addition, Mr. Diallo's

> "arrest and detention aimed at allowing such an expulsion measure, one without any defensible basis, to be effected can only be characterized as arbitrary within the meaning of Article 9, paragraph 1, of the Covenant and Article 6 of the African Charter" *(ibid.)*.

24. Quantification of compensation for non-material injury necessarily rests on equitable considerations. As the umpire noted in the *Lusitania* cases, non-material injuries "are very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by money standards makes them none the

à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages-intérêts» (*RSA*, vol. VII, p. 40 *[traduction du Greffe]*). Saisis de demandes d'indemnisation au titre du préjudice matériel ou immatériel causé par des violations du Pacte ou de la Charte africaine, respectivement, le Comité des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ont recommandé le versement d'une «indemnisation adéquate», sans en préciser le montant (voir, par exemple, *A. c. Australie*, CDH, 3 avril 1997, communication n° 560/1993, Nations Unies, doc. CCPR/C/59/D/560/1993, par. 11; *Kenneth Good c. République du Botswana*, CADHP, 26 mai 2010, communication n° 313/05, *28e Rapport d'activités*, annexe IV, p. 112, par. 244). Habilités à fixer l'indemnité par leurs actes constitutifs respectifs, des tribunaux arbitraux et des juridictions régionales garantes des droits de l'homme ont été plus précis, se fondant sur des considérations d'équité pour chiffrer l'indemnité due au titre du préjudice immatériel. Ainsi, dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que, pour quantifier le préjudice, elle était

> «guidée par le principe de l'équité, qui implique avant tout une certaine souplesse et un examen objectif de ce qui est juste, équitable et raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire non seulement de la situation du requérant, mais aussi du contexte général dans lequel la violation a été commise» (requête n° 27021/08, arrêt du 7 juillet 2011, *CEDH Recueil* 2011, par. 114).

De même, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit qu'elle était habilitée, «dans l'exercice raisonnable de son pouvoir juridictionnel et sur la base de l'équité», à déterminer le montant de l'indemnité à verser au titre de dommages immatériels (*Cantoral Benavides c. Pérou*, arrêt du 3 décembre 2001 (réparation et frais), CIADH, série C, n° 88, par. 53 *[traduction du Greffe]*).

*

25. En ce qui concerne le préjudice immatériel subi par M. Diallo, les circonstances exposées aux paragraphes 21 à 23 amènent la Cour à considérer que la somme de 85 000 dollars des Etats-Unis constitue une indemnité appropriée. Cette somme est libellée dans la devise que les deux Parties ont utilisée dans leurs écritures relatives à la question de l'indemnisation.

B. L'indemnité réclamée au titre du préjudice matériel subi par M. Diallo

26. Ainsi que mentionné précédemment (voir paragraphe 14), la Guinée réclame une indemnisation au titre de trois chefs de préjudice

less real and affords no reason why the injured person should not be compensated therefore as compensatory damages" (*RIAA*, Vol. VII, p. 40). When considering compensation for material or non-material injury caused by violations of the Covenant or the African Charter, respectively, the Human Rights Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights recommended "adequate compensation" without specifying the sum to be paid (see, for example, *A.* v. *Australia*, HRC, 3 April 1997, communication No. 560/1993, United Nations doc. CCPR/C/59/D/560/1993, para. 11; *Kenneth Good* v. *Republic of Botswana*, ACHPR, 26 May 2010, communication No. 313/05, *28th Activity Report*, Ann. IV, p. 110, para. 244). Arbitral tribunals and regional human rights courts have been more specific, given the power to assess compensation granted by their respective constitutive instruments. Equitable considerations have guided their quantification of compensation for non-material harm. For instance, in *Al-Jedda* v. *United Kingdom*, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights stated that, for determining damage,

> "[i]ts guiding principle is equity, which above all involves flexibility and an objective consideration of what is just, fair and reasonable in all the circumstances of the case, including not only the position of the applicant but the overall context in which the breach occurred" (application No. 27021/08, judgment of 7 July 2011, *ECHR Reports* 2011, para. 114).

Similarly, the Inter-American Court of Human Rights has said that the payment of a sum of money as compensation for non-pecuniary damages may be determined by that court "in reasonable exercise of its judicial authority and on the basis of equity" (*Cantoral Benavides* v. *Peru*, judgment of 3 December 2001 (reparations and costs), IACHR, Series C, No. 88, para. 53).

*

25. With regard to the non-material injury suffered by Mr. Diallo, the circumstances outlined in paragraphs 21 to 23 lead the Court to consider that the amount of US$85,000 would provide appropriate compensation. The sum is expressed in the currency to which both Parties referred in their written pleadings on compensation.

B. Claim for Compensation for Material Injury Suffered by Mr. Diallo

26. As previously noted (see paragraph 14), Guinea claims compensation for three heads of material damage. The Court will begin by address-

matériel. La Cour examinera tout d'abord la demande de la Guinée afférente à la perte des biens personnels de M. Diallo; elle se penchera ensuite sur les demandes de la Guinée relatives à la perte de rémunération professionnelle subie par l'intéressé au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicites de la RDC; elle traitera enfin de la demande de la Guinée concernant des «gains potentiels».

1. Perte de biens personnels qu'aurait subie M. Diallo (y compris ses avoirs en banque)

27. La Guinée soutient que M. Diallo a été expulsé de manière si brusque qu'il n'a pu organiser le transfert ou la cession des biens personnels se trouvant dans son appartement et qu'il a, pour la même raison, perdu certains avoirs en banque. Se référant à un inventaire des biens trouvés dans l'appartement en question, dressé douze jours après cette expulsion, la Guinée prétend que ce document sous-estime la valeur globale des biens personnels de M. Diallo car plusieurs objets de grande valeur que contenait l'appartement en ont été omis. Elle affirme que l'ensemble de ces actifs sont irrémédiablement perdus et chiffre à 550 000 dollars des Etats-Unis la perte de ce patrimoine matériel et immatériel (avoirs en banque compris).

28. La RDC relève que l'inventaire en question a été produit par la Guinée, qui l'a déposé en tant qu'élément de preuve devant la Cour, pour ensuite le déclarer incomplet. Rappelant le rôle joué par la Guinée dans l'élaboration du document, elle qualifie l'inventaire de preuve «crédible» et «sérieuse», et affirme que la Guinée ne peut prétendre aujourd'hui que M. Diallo possédait d'autres actifs qui n'y seraient pas répertoriés. La RDC fait en outre valoir qu'elle ne saurait être tenue pour responsable de la perte supposée des biens qui auraient pu se trouver dans l'appartement, puisqu'elle n'a pas ordonné d'expulser M. Diallo de celui-ci et que les biens personnels de l'intéressé étaient aux mains de représentants de l'ambassade de Guinée et de proches de ce dernier. De plus, la RDC affirme que la Guinée n'a produit aucune preuve concernant les avoirs en banque.

*

29. La Cour examinera ici la demande d'indemnisation formulée par la Guinée au titre de la perte de biens personnels subie par M. Diallo, sans tenir compte des biens des deux sociétés (auxquels la Guinée fait également référence), puisqu'elle a déjà déclaré irrecevables les réclamations afférentes à celles-ci (voir paragraphe 17 ci-dessus). Les biens personnels en cause se répartissent en trois catégories: le mobilier de l'appartement qui figurait dans l'inventaire susmentionné, certains objets de grande valeur qui se seraient aussi trouvés dans l'appartement et ne sont pas répertoriés dans cet inventaire, et les avoirs en banque.

30. S'agissant des biens personnels qui se trouvaient dans l'appartement de M. Diallo, il appert que l'inventaire soumis à la Cour par les

ing Guinea's claim relating to the loss of Mr. Diallo's personal property; it will then consider Guinea's claims concerning loss of professional remuneration during Mr. Diallo's unlawful detentions and following his unlawful expulsion from the DRC; and, finally, it will turn to Guinea's claim in respect of "potential earnings".

1. Alleged loss of Mr. Diallo's personal property (including assets in bank accounts)

27. Guinea claims that Mr. Diallo's abrupt expulsion prevented him from making arrangements for the transfer or disposal of personal property that was in his apartment and also caused the loss of certain assets in bank accounts. Guinea refers to an inventory of items in Mr. Diallo's apartment that was prepared 12 days after he was expelled, claiming that the inventory understated his personal property because it failed to include a number of high-value items that were in the apartment. It states that all of these assets have been irretrievably lost and estimates the value of lost tangible and intangible assets (including bank accounts) at US$550,000.

28. The DRC contends that Guinea was responsible for having produced the inventory in question as evidence before the Court, only later to declare it incomplete. Citing Guinea's role in preparing the inventory, the DRC characterizes that inventory as "credible" and "serious", and contends that Guinea cannot now claim that Mr. Diallo owned additional assets not reflected in it. The DRC further asserts that it cannot be held responsible for the alleged loss of any property that was in the apartment because the DRC did not order Mr. Diallo's eviction from the apartment and because Mr. Diallo's personal property was under the control of officials from the Guinean embassy and of Mr. Diallo's friends and relatives. Further, the DRC states that Guinea has provided no evidence regarding bank assets.

*

29. The Court here addresses Guinea's claim for the loss of Mr. Diallo's personal property, without taking into account property of the two companies (to which Guinea also refers), given the Court's prior decision that Guinea's claims relating to the companies were inadmissible (see paragraph 17 above). The personal property at issue in Guinea's claim may be divided into three categories: furnishings of Mr. Diallo's apartment that appear on the above-referenced inventory; certain high-value items alleged to have been in Mr. Diallo's apartment, which are not specified on that inventory; and assets in bank accounts.

30. As to personal property that was located in Mr. Diallo's apartment, it appears that the inventory of the property in Mr. Diallo's apart-

deux Parties a été dressé environ douze jours après que l'intéressé eut été expulsé de la RDC. Bien que la Guinée déplore certaines omissions (les objets de grande valeur dont il sera question plus loin), les Parties semblent s'accorder sur le fait que les biens répertoriés se trouvaient effectivement dans l'appartement au moment où l'inventaire a été dressé.

31. Il existe toutefois des incertitudes quant au point de savoir ce qu'il est advenu des biens figurant dans l'inventaire. La Guinée n'avance aucune preuve que M. Diallo aurait tenté de déménager les biens qui se trouvaient dans son appartement ou de les céder à des tiers, et il n'a pas davantage été démontré que la RDC l'en aurait empêché. La RDC affirme qu'elle n'a pas pris possession de l'appartement ni n'en a expulsé M. Diallo. Ce dernier avait lui-même déclaré en 2008 que l'organisme bailleur avait repris son appartement peu après son expulsion, en conséquence de quoi il avait perdu tous ses effets personnels. Dans l'ensemble, la Guinée n'a donc pas réussi à établir l'étendue de la perte subie par M. Diallo en ce qui concerne ses biens personnels répertoriés dans l'inventaire ni la mesure dans laquelle cette perte aurait été causée par le comportement illicite de la RDC.

32. Du reste, quand bien même il pourrait être établi que les biens personnels inventoriés ont été perdus, et qu'ils l'ont été en conséquence du comportement illicite de la RDC, la Guinée n'a produit aucun élément de preuve permettant d'en déterminer la valeur (individuelle ou globale).

33. Nonobstant les failles du dossier concernant les biens répertoriés dans l'inventaire, la Cour rappellera que M. Diallo a vécu et travaillé sur le territoire congolais pendant une trentaine d'années, au cours desquelles il n'a pu manquer d'accumuler des biens personnels. Même à supposer fondée l'affirmation de la RDC selon laquelle ces biens se seraient trouvés entre les mains de représentants guinéens et de proches de M. Diallo après l'expulsion de ce dernier, la Cour considère que, à tout le moins, l'intéressé aurait eu à les déménager en Guinée ou à prendre des mesures pour pouvoir en disposer en RDC. Partant, elle ne doute pas que le comportement illicite de la RDC a causé à M. Diallo un certain préjudice matériel s'agissant des biens personnels qui se trouvaient dans l'appartement qu'il occupait, encore qu'il ne serait pas raisonnable de retenir le montant très important réclamé par la Guinée pour ce chef de préjudice. Dans ces conditions, elle estime approprié d'accorder une indemnité qui sera calculée sur la base de considérations d'équité (voir paragraphe 36 ci-après). D'autres juridictions, comme la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ont procédé ainsi lorsque les circonstances le justifiaient (voir, par exemple, *Lupsa c. Roumanie*, requête n° 10337/04, arrêt du 8 juin 2006, *CEDH Recueil* 2006-VII, par. 70-72; *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur*, arrêt du 21 novembre 2007 (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais), CIADH, série C, n° 170, par. 240 et 242).

34. La Cour en vient ensuite à l'allégation de la Guinée selon laquelle l'appartement de M. Diallo contenait certains objets de grande valeur qui

ment, which both Parties have submitted to the Court, was prepared approximately 12 days after Mr. Diallo's expulsion from the DRC. While Guinea complains about omissions from the inventory (the high-value items discussed below), both Parties appear to accept that the items that are listed on the inventory were in the apartment at the time the inventory was prepared.

31. There is, however, uncertainty about what happened to the property listed on the inventory. Guinea does not point to any evidence that Mr. Diallo attempted to transport or to dispose of the property in the apartment, and there is no evidence before the Court that the DRC barred him from doing so. The DRC states that it did not take possession of the apartment and that it did not evict Mr. Diallo from the apartment. Mr. Diallo himself stated in 2008 that the company from which the apartment was leased took possession of it soon after his expulsion and that, as a result, he had lost all of his personal effects. Therefore, taken as a whole, Guinea has failed to prove the extent of the loss of Mr. Diallo's personal property listed on the inventory and the extent to which any such loss was caused by the DRC's unlawful conduct.

32. Even assuming that it could be established that the personal property on the inventory was lost and that any such loss was caused by the DRC's unlawful conduct, Guinea offers no evidence regarding the value of the items on the inventory (either with respect to individual items or in the aggregate).

33. Despite the shortcomings in the evidence related to the property listed on the inventory, the Court recalls that Mr. Diallo lived and worked in the territory of the DRC for over thirty years, during which time he surely accumulated personal property. Even assuming that the DRC is correct in its contention that Guinean officials and Mr. Diallo's relatives were in a position to dispose of that personal property after Mr. Diallo's expulsion, the Court considers that, at a minimum, Mr. Diallo would have had to transport his personal property to Guinea or to arrange for its disposition in the DRC. Thus, the Court is satisfied that the DRC's unlawful conduct caused some material injury to Mr. Diallo with respect to personal property that had been in the apartment in which he lived, although it would not be reasonable to accept the very large sum claimed by Guinea for this head of damage. In such a situation, the Court considers it appropriate to award an amount of compensation based on equitable considerations (see paragraph 36 below). Other courts, including the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, have followed this approach where warranted (see, e.g., *Lupsa* v. *Romania*, application No. 10337/04, judgment of 8 June 2006, *ECHR Reports* 2006-VII, paras. 70-72; *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez* v. *Ecuador*, judgment of 21 November 2007 (preliminary objections, merits, reparations and costs), IACHR, Series C, No. 170, paras. 240 and 242).

34. The Court next considers Guinea's contention that Mr. Diallo's apartment contained certain high-value items not specified on the inven-

ne figuraient pas dans l'inventaire mentionné plus haut. La Guinée fait état de plusieurs d'entre eux (dont une montre sertie de diamants et deux toiles de maître) dans son mémoire, mais sans guère donner de détails ni apporter la preuve que ces objets se trouvaient bien dans l'appartement de l'intéressé à l'époque de ses détentions et de son expulsion. Elle n'a produit aucune déclaration dans laquelle M. Diallo aurait décrit les biens en question. Elle n'a fourni aucune preuve d'achat, pas même pour les biens censés avoir été acquis auprès de maisons de renom spécialisées dans la vente d'articles de grand luxe, dont il y a lieu de penser qu'elles auraient gardé des traces de telles ventes et qui se trouvent en dehors du territoire de la RDC, de sorte que M. Diallo aurait pu se mettre en contact avec elles. La Guinée n'a présenté aucune preuve que M. Diallo possédait ces articles au moment de son expulsion, que, à supposer que tel ait été le cas, ceux-ci se trouvaient dans son appartement, ou qu'ils ont été perdus en conséquence du traitement qui lui a été infligé par la RDC. Pour ces motifs, la Cour rejette les demandes formulées par la Guinée au titre de la perte d'objets de grande valeur omis de l'inventaire.

35. Quant aux sommes que M. Diallo aurait détenues sur des comptes en banque, la Guinée n'a fourni aucun détail ni aucune preuve à l'appui de ce qu'elle avance. Elle n'a donné aucune information sur le montant total des sommes ainsi détenues ni sur le solde de tel ou tel compte, non plus que sur le nom des établissements bancaires concernés. Elle n'a en outre avancé aucun élément démontrant que les détentions et l'expulsion illicites de M. Diallo auraient provoqué la perte de tels avoirs, n'expliquant pas, notamment, ce qui aurait empêché l'intéressé d'avoir accès à ses comptes bancaires après son départ de la RDC. Il n'a donc pas été établi que M. Diallo aurait perdu tout ou partie de ses avoirs en banque en RDC ni que les actes illicites de cette dernière seraient la cause d'une telle perte. En conséquence, la Cour rejette la demande de la Guinée en ce qui concerne la perte de sommes détenues sur des comptes en banque.

*

36. Par conséquent, la Cour n'accordera aucune indemnisation au titre des pertes alléguées — objets de grande valeur et sommes détenues sur des comptes en banque — dont il est question aux paragraphes 34 et 35 ci-dessus. En revanche, étant parvenue aux conclusions qui précèdent (voir paragraphe 33) au sujet des biens personnels de M. Diallo, et sur la base de considérations d'équité, la Cour décide d'attribuer la somme de 10 000 dollars des Etats-Unis au titre de ce chef de préjudice.

2. Perte de rémunération qu'aurait subie M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicites

37. La Cour observera à titre liminaire que, dans les conclusions qu'elle présente à la fin de son mémoire, la Guinée réclame 6 430 148 dollars des Etats-Unis au titre de la perte de revenus subie par M. Diallo à la fois au

tory described above. Guinea mentions several items in its Memorial (e.g., a diamond-studded watch and two paintings by a renowned artist), but offers few details and provides no evidence to support the assertion that the items were located in Mr. Diallo's apartment at the time of his detentions and expulsion. There is no statement by Mr. Diallo describing these goods. There are no records of purchase, even as to items allegedly purchased from well-known establishments selling high-value luxury items that can be expected to keep records of sales, and which are located outside the territory of the DRC, thus making them accessible to Mr. Diallo. Guinea has put forward no evidence whatsoever that Mr. Diallo owned these items at the time of his expulsion, that they were in his apartment if he did own them, or that they were lost as a result of his treatment by the DRC. For these reasons, the Court rejects Guinea's claims as to the loss of high-value items not specified on the inventory.

35. As to assets alleged to have been contained in bank accounts, Guinea offers no details and no evidence to support its claim. There is no information about the total sum held in bank accounts, the amount of any particular account or the name(s) of the bank(s) in which the account(s) were held. Further, there is no evidence demonstrating that the unlawful detentions and expulsion of Mr. Diallo caused the loss of any assets held in bank accounts. For example, Guinea does not explain why Mr. Diallo could not access any such accounts after leaving the DRC. Thus, it has not been established that Mr. Diallo lost any assets held in his bank accounts in the DRC or that the DRC's unlawful acts caused Mr. Diallo to lose any such financial assets. Accordingly, the Court rejects Guinea's claim as to the loss of bank account assets.

*

36. The Court therefore awards no compensation in respect of the high-value items and bank account assets described in paragraphs 34 and 35 above. However, in view of the Court's conclusions above (see paragraph 33) regarding the personal property of Mr. Diallo and on the basis of equitable considerations, the Court awards the sum of US$10,000 under this head of damage.

2. Alleged loss of remuneration during Mr. Diallo's unlawful detentions and following his unlawful expulsion

37. At the outset, the Court notes that, in its submissions at the conclusion of its Memorial, Guinea claims US$6,430,148 for Mr. Diallo's loss of earnings during his detentions and following his expulsion. How-

cours de ses détentions et à la suite de son expulsion. Elle fait toutefois référence, ailleurs dans son mémoire, à une somme de 80 000 dollars des Etats-Unis, à laquelle elle chiffre la perte de revenus subie par M. Diallo durant ses détentions. Telle qu'elle est présentée par la Guinée, cette somme de 80 000 dollars des Etats-Unis, bien qu'elle ne fasse pas l'objet d'une demande séparée dans ses conclusions, est nettement distincte de celle de 6 430 148 dollars des Etats-Unis qui, dans le raisonnement du mémoire, ne concerne que la «perte de revenus» subie par M. Diallo à la suite de son expulsion. La Cour, comme elle est en droit de le faire (voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 262, par. 29; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 466, par. 30), interprétera les conclusions de la Guinée à la lumière du raisonnement développé par celle-ci dans son mémoire. Elle examinera donc d'abord dans le présent arrêt la demande d'indemnisation d'un montant de 80 000 dollars des Etats-Unis formulée au titre de la perte de rémunération professionnelle subie par M. Diallo au cours de ses détentions (voir paragraphes 38-46) et se penchera ensuite sur celle d'un montant de 6 430 148 dollars des Etats-Unis formulée au titre de la perte de rémunération professionnelle subie par l'intéressé à la suite de son expulsion (voir paragraphes 47-49).

38. La Guinée fait valoir que, avant son arrestation, le 5 novembre 1995, M. Diallo percevait une rémunération mensuelle de 25 000 dollars des Etats-Unis en sa qualité de gérant d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre. Sur cette base, elle évalue à 80 000 dollars des Etats-Unis — chiffre dont elle précise qu'il prend en compte l'inflation — le manque à gagner subi au cours des soixante-douze jours de détention de l'intéressé. Précisant que les rémunérations qu'il percevait de ces deux sociétés étaient «[s]es principaux revenus», elle ne réclame pas d'indemnité pour la perte d'autres revenus subie par M. Diallo au cours de cette période. La Guinée soutient par ailleurs que ce dernier s'est, pendant ses détentions, trouvé dans l'impossibilité de «poursuivre normalement [sa] gérance» et, partant, d'assurer le bon fonctionnement de ses entreprises.

39. En réponse, la RDC soutient que la Guinée n'a produit aucune preuve écrite à l'appui de sa demande relative à une perte de rémunération. La Guinée n'aurait pas davantage établi que ses détentions auraient empêché M. Diallo de percevoir la rémunération qui, n'eût été cette circonstance, lui aurait été versée et, notamment, n'aurait pas expliqué pourquoi M. Diallo ne pouvait, en tant que seul gérant et associé des deux sociétés, ordonner que lui soient versées les sommes en question. Selon la RDC, rien ne justifie donc d'accorder une indemnité pour la perte de rémunération qu'aurait subie M. Diallo pendant ses détentions.

*

40. La Cour fera observer que, de manière générale, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'indemnisation, elle peut connaître d'une réclamation formée au titre d'une perte de revenus subie par suite d'une détention illicite.

ever, Guinea makes reference elsewhere in its Memorial to a sum of US$80,000 for Mr. Diallo's loss of earnings during his detentions. As presented by Guinea, this claim for US$80,000, although not reflected as a separate submission, is clearly distinct from its claim for US$6,430,148 which, in the reasoning of the Memorial, only concerns the alleged "loss of earnings" following Mr. Diallo's expulsion. The Court will interpret Guinea's submissions in light of the reasoning of its Memorial, as it is entitled to do (see, e.g., *Nuclear Tests (Australia* v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 262, para. 29; *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 466, para. 30). Therefore, in the present Judgment, it will first consider the claim of US$80,000 for loss of professional remuneration during Mr. Diallo's detentions (see paragraphs 38-46) and then will examine the claim of US$6,430,148 for loss of professional remuneration following his expulsion (see paragraphs 47-49).

38. Guinea asserts that, prior to his arrest on 5 November 1995, Mr. Diallo received monthly remuneration of US$25,000 in his capacity as *gérant* of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire. Based on that figure, Guinea estimates that Mr. Diallo suffered a loss totalling US$80,000 during the 72 days he was detained, an amount that, according to Guinea, takes account of inflation. Guinea states that remuneration from the two companies was Mr. Diallo's "main source of income" and does not ask the Court to award compensation in respect of any other income relating to the period of Mr. Diallo's detentions. Guinea further asserts that Mr. Diallo was unable to carry out his "normal management activities" while in detention and thus to ensure that his companies were being properly run.

39. In response, the DRC contends that Guinea has not produced any documentary evidence to support the claim for loss of remuneration. The DRC also takes the view that Guinea has failed to show that Mr. Diallo's detentions caused a loss of remuneration that he otherwise would have received. In particular, the DRC asserts that Guinea has failed to explain why Mr. Diallo, as the sole *gérant* and *associé* of the two companies, could not have directed that payments be made to him. According to the DRC, no compensation for loss of remuneration during the period of Mr. Diallo's detention is warranted.

*

40. The Court observes that, in general, a claim for income lost as a result of unlawful detention is cognizable as a component of compensation. This approach has been followed, for example, by the European

Telle a notamment été l'approche suivie par la Cour européenne des droits de l'homme (voir, par exemple, *Teixeira de Castro c. Portugal*, requête n° 44/1997/828/1034, arrêt du 9 juin 1998, *CEDH Recueil* 1998-IV, par. 46-49), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (voir, par exemple, *Suárez-Rosero c. Equateur*, arrêt du 20 janvier 1999 (réparations et frais), CIADH, série C, n° 44, par. 60), ainsi que le conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (voir conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, *Rapport et recommandations du comité de commissaires concernant la quatorzième tranche des réclamations de la catégorie « E3 »*, Nations Unies, doc. S/AC.26/2000/19, 29 septembre 2000, par. 126). Par ailleurs, il peut y avoir lieu de procéder à une estimation si le montant de la perte de revenus ne peut être chiffré avec exactitude (voir, par exemple, *Elci et autres c. Turquie*, requêtes n^{os} 23145/93 et 25091/94, arrêt du 13 novembre 2003, CEDH, par. 721 ; *Affaire des enfants des rues (Villagrán-Morales et autres) c. Guatemala*, arrêt du 26 mai 2001 (réparations et frais), CIADH, série C, n° 77, par. 79). La Cour doit donc d'abord se demander si la Guinée a établi que M. Diallo percevait une rémunération avant ses détentions, et que cette rémunération se chiffrait à 25 000 dollars des Etats-Unis par mois.

41. C'est dans la présente phase de la procédure, consacrée à l'indemnisation, qu'il a été allégué pour la première fois que M. Diallo percevait, en tant que gérant des deux sociétés, une rémunération mensuelle de 25 000 dollars des Etats-Unis. Or, la Guinée n'en apporte aucune preuve. Elle ne produit aucun relevé bancaire ni aucune déclaration fiscale. Elle ne produit pas davantage de pièces comptables attestant qu'une telle somme aurait été versée par l'une ou l'autre des sociétés. Il est certes plausible que la brusque expulsion de M. Diallo l'ait placé dans l'incapacité d'accéder à de telles pièces. Mais l'absence de tout élément de preuve à l'appui de la demande au titre d'une perte de rémunération dont il est ici question tranche avec les nombreuses preuves produites par la Guinée lors d'une précédente phase de l'affaire à l'appui des demandes se rapportant aux deux sociétés : divers documents comptables avaient alors été présentés.

42. En outre, certains éléments tendent à montrer que M. Diallo ne touchait pas, avant ses détentions, une rémunération mensuelle d'un montant de 25 000 dollars des Etats-Unis. Premièrement, les documents relatifs à Africom-Zaïre ou à Africontainers-Zaïre indiquent clairement que ni l'une ni l'autre de ces sociétés n'était active — en dehors de tentatives de recouvrer les créances qui leur auraient été dues — dans les années qui ont immédiatement précédé les détentions. Ainsi, de l'aveu même de la Guinée, les activités d'Africontainers-Zaïre avaient fortement décliné dès 1990. De plus, comme la Cour l'a relevé antérieurement, la RDC a affirmé qu'Africom-Zaïre avait cessé toute activité commerciale dès la fin des années 1980 et avait, pour cette raison, été radiée du registre du commerce (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 593, par. 22 ; *C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 677, par. 108) ; cette affirmation n'a pas été contestée par la Guinée. Si les litiges relatifs aux montants dus par divers organismes et sociétés à Africom-Zaïre et à Africontainers-Zaïre se sont apparemment

Court of Human Rights (see, e.g., *Teixeira de Castro* v. *Portugal*, application No. 44/1997/828/1034, judgment of 9 June 1998, *ECHR Reports* 1998-IV, paras. 46-49), by the Inter-American Court of Human Rights (see, e.g., *Suárez-Rosero* v. *Ecuador*, judgment of 20 January 1999 (reparations and costs), IACHR, Series C, No. 44, para. 60), and by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission (see United Nations Compensation Commission Governing Council, *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners concerning the Fourteenth Instalment of "E3" Claims*, United Nations doc. S/AC. 26/2000/19, 29 September 2000, para. 126). Moreover, if the amount of the lost income cannot be calculated precisely, estimation may be appropriate (see, e.g., *Elci and Others* v. *Turkey*, applications Nos. 23145/93 and 25091/94, judgment of 13 November 2003, ECHR, para. 721; *Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.)* v. *Guatemala*, judgment of 26 May 2001 (reparations and costs), IACHR, Series C, No. 77, para. 79). Thus, the Court must first consider whether Guinea has established that Mr. Diallo was receiving remuneration prior to his detentions and that such remuneration was in the amount of US$25,000 per month.

41. The claim that Mr. Diallo was earning US$25,000 per month as *gérant* of the two companies is made for the first time in the present phase of the proceedings, devoted to compensation. Guinea offers no evidence to support the claim. There are no bank account or tax records. There are no accounting records of either company showing that it had made such payments. It is plausible, of course, that Mr. Diallo's abrupt expulsion impeded or precluded his access to such records. That said, the absence of any evidence in support of the claim for loss of remuneration at issue here stands in stark contrast to the evidence adduced by Guinea at an earlier stage of this case in support of the claims relating to the two companies, which included various documents from the records of the companies.

42. Moreover, there is evidence suggesting that Mr. Diallo was not receiving US$25,000 per month in remuneration from the two companies prior to his detentions. First, the evidence regarding Africom-Zaire and Africontainers-Zaire strongly indicates that neither of the companies was conducting business — apart from the attempts to collect debts allegedly owed to each company — during the years immediately prior to Mr. Diallo's detentions. In particular, the record indicates that the operations of Africontainers-Zaire had, even according to Guinea, experienced a serious decline by 1990. In addition, as the Court noted previously, the DRC asserted that Africom-Zaire had ceased all commercial activities by the end of the 1980s and for that reason had been struck from the Trade Register (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 593, para. 22; *I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 677, para. 108); this assertion was not challenged by Guinea. It appears that disputes about the amounts payable by various entities to Africom-Zaire and Africontainers-Zaire continued into

poursuivis dans les années 1990 et, dans certains cas, même après l'expulsion de M. Diallo en 1996, il n'existe en revanche aucune preuve d'activités d'exploitation qui auraient constitué une source de revenus dans les années qui ont immédiatement précédé les détentions de M. Diallo.

43. Deuxièmement, si, dans cette phase de la procédure consacrée à l'indemnisation, la Guinée a affirmé que M. Diallo percevait une rémunération mensuelle de 25 000 dollars des Etats-Unis, elle avait avancé devant la Cour, au stade des exceptions préliminaires, que l'intéressé était «déjà dans le dénuement en 1995». Cette affirmation cadre du reste avec le fait que, le 12 juillet 1995, M. Diallo s'était vu délivrer par les autorités congolaises, à sa demande, un «certificat d'indigence» dans lequel il était déclaré «indigent temporaire» et qui lui a permis d'éviter d'acquitter les frais d'enregistrement du jugement rendu en faveur de l'une des sociétés.

44. La Cour conclut donc que la Guinée n'a pas établi que M. Diallo percevait d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre une rémunération mensuelle dans la période qui a précédé immédiatement ses détentions, en 1995-1996, ni que cette rémunération mensuelle s'élevait à 25 000 dollars des Etats-Unis.

45. La Guinée n'explique pas davantage à la satisfaction de la Cour en quoi les détentions de M. Diallo auraient provoqué l'interruption du versement de la rémunération que M. Diallo aurait pu recevoir en sa qualité de gérant des deux sociétés. Si celles-ci étaient effectivement en mesure de rémunérer M. Diallo au moment de son placement en détention, il est raisonnable de penser que leurs employés auraient pu continuer d'effectuer les paiements dus au gérant (leur directeur général et le propriétaire des deux sociétés). En outre, ainsi que rappelé plus haut (voir paragraphe 12), M. Diallo, après une détention initiale du 5 novembre 1995 au 10 janvier 1996, a été libéré avant d'être remis en détention du 25 au 31 janvier 1996. Il a ainsi disposé d'un intervalle de deux semaines au cours desquelles il lui était loisible de prendre des dispositions en vue de percevoir toute rémunération que les sociétés auraient manqué de lui verser au cours des soixante-six jours qu'avait duré sa détention initiale.

*

46. Dans ces circonstances, la Guinée n'a pas prouvé à la satisfaction de la Cour que M. Diallo aurait subi une perte de rémunération professionnelle à la suite de ses détentions illicites.

* *

47. En sus de la demande formulée au titre de la perte de rémunération subie par M. Diallo pendant ses détentions illicites, la Guinée soutient que son expulsion illicite par la RDC a placé l'intéressé dans l'incapacité de continuer de percevoir sa rémunération en tant que gérant d'Africom-Zaïre et d'Africontainers-Zaïre. Ayant affirmé (ainsi qu'exposé ci-dessus) que M. Diallo percevait 25 000 dollars des Etats-Unis par mois

the 1990s, in some cases even after Mr. Diallo's expulsion in 1996. But there is no evidence of operating activity that would have generated a flow of income during the years just prior to Mr. Diallo's detentions.

43. Secondly, in contrast to Guinea's claim in the present phase of the proceedings devoted to compensation that Mr. Diallo was receiving monthly remuneration of US$25,000, Guinea told the Court, during the preliminary objections phase, that Mr. Diallo was "already impoverished in 1995". This statement to the Court is consistent with the fact that, on 12 July 1995, Mr. Diallo obtained in the DRC, at his request, a "Certificate of Indigency" declaring him "temporarily destitute" and thus permitting him to avoid payments that would otherwise have been required in order to register a judgment in favour of one of the companies.

44. The Court therefore concludes that Guinea has failed to establish that Mr. Diallo was receiving remuneration from Africom-Zaire and Africontainers-Zaire on a monthly basis in the period immediately prior to his detentions in 1995-1996 or that such remuneration was at the rate of US$25,000 per month.

45. Guinea also does not explain to the satisfaction of the Court how Mr. Diallo's detentions caused an interruption in any remuneration that Mr. Diallo might have been receiving in his capacity as *gérant* of the two companies. If the companies were in fact in a position to pay Mr. Diallo as of the time that he was detained, it is reasonable to expect that employees could have continued to make the necessary payments to the *gérant* (their managing director and the owner of the companies). Moreover, as noted above (see paragraph 12), Mr. Diallo was detained from 5 November 1995 to 10 January 1996, then released and then detained again from 25 January 1996 to 31 January 1996. Thus, there was a period of two weeks during which there was an opportunity for Mr. Diallo to make arrangements to receive any remuneration that the companies allegedly had failed to pay him during the initial 66-day period of detention.

*

46. Under these circumstances, Guinea has not proven to the satisfaction of the Court that Mr. Diallo suffered a loss of professional remuneration as a result of his unlawful detentions.

* *

47. In addition to the claim for loss of remuneration during his unlawful detentions, Guinea asserts that the unlawful expulsion of Mr. Diallo by the DRC deprived him of the ability to continue receiving remuneration as the *gérant* of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire. Based on its claim (described above) that Mr. Diallo received remuneration of US$25,000 per month prior to his detentions in 1995-1996, Guinea asserts

avant ses détentions en 1995-1996, la Guinée chiffre à 4 755 500 dollars des Etats-Unis la perte supplémentaire de «revenus professionnels» qu'il aurait subie depuis son expulsion le 31 janvier 1996. Cette somme devant, selon elle, être revue à la hausse pour tenir compte de l'inflation, elle estime en définitive à 6 430 148 dollars des Etats-Unis la perte de rémunération professionnelle subie par M. Diallo à la suite de son expulsion.

48. La RDC réaffirme sa position relative à la perte de rémunération que M. Diallo aurait subie pendant ses détentions, mettant notamment en avant l'absence de preuve que l'intéressé percevait effectivement une rémunération mensuelle de 25 000 dollars des Etats-Unis avant ses détentions et son expulsion.

*

49. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour a déjà rejeté la demande formulée au titre de la perte de rémunération professionnelle qu'aurait subie M. Diallo pendant ses périodes de détention (voir paragraphes 38-46). Ces raisons valent tout autant pour la demande de la Guinée qui a trait à la période suivant l'expulsion de M. Diallo. En outre, la demande de la Guinée au titre de la perte de rémunérations futures est en grande partie fondée sur des conjectures, partant notamment de la supposition que M. Diallo aurait continué de percevoir cette somme mensuelle, n'eût été son expulsion illicite. Or, si l'allocation d'indemnités pour perte de revenus futurs implique nécessairement un certain degré d'incertitude, une telle demande ne saurait se faire sur la base de pures spéculations (voir *Khamidov c. Russie*, requête n° 72118/01, arrêt du 15 novembre 2007 (au principal et satisfaction équitable), CEDH, par. 197; *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur*, arrêt du 21 novembre 2007 (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais), CIADH, série C, n° 170, par. 235-236; voir aussi le commentaire de l'article 36 du «Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite», *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (deuxième partie), p. 111-112 (au sujet des réclamations pour «perte de profits»)). Par conséquent, la Cour conclut qu'aucune indemnisation ne saurait être allouée au titre des allégations de la Guinée qui concernent la rémunération que M. Diallo n'aurait pu percevoir à la suite de son expulsion.

* *

50. La Cour n'accorde en conséquence aucune indemnité au titre de la perte de rémunération prétendument subie par M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion.

3. Privation alléguée de gains potentiels

51. La Guinée formule une autre demande au titre de ce qu'elle appelle les «gains potentiels» de M. Diallo. En particulier, elle affirme que les deux sociétés ont périclité et que leurs actifs ont été dispersés par suite des

that, during the period that has elapsed since Mr. Diallo's expulsion on 31 January 1996, he has lost additional "professional income" in the amount of US$4,755,500. Guinea further asserts that this amount should be adjusted upward to account for inflation, such that its estimate of Mr. Diallo's loss of professional remuneration since his expulsion is US$6,430,148.

48. The DRC reiterates its position regarding the claim for unpaid remuneration from the period of Mr. Diallo's detentions, in particular the lack of evidence to support the claim that Mr. Diallo was receiving remuneration of US$25,000 per month prior to his detentions and expulsion.

*

49. For the reasons indicated above, the Court has already rejected the claim for loss of professional remuneration during the period of Mr. Diallo's detentions (see paragraphs 38-46). Those reasons also apply with respect to Guinea's claim relating to the period following Mr. Diallo's expulsion. Moreover, Guinea's claim with respect to Mr. Diallo's post-expulsion remuneration is highly speculative and assumes that Mr. Diallo would have continued to receive US$25,000 per month had he not been unlawfully expelled. While an award of compensation relating to loss of future earnings inevitably involves some uncertainty, such a claim cannot be purely speculative (cf. *Khamidov* v. *Russia*, application No. 72118/01, judgment of 15 November 2007 (merits and just satisfaction), ECHR, para. 197; *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez* v. *Ecuador*, judgment of 21 November 2007 (preliminary objections, merits, reparations and costs), IACHR, Series C, No. 170, paras. 235-236; see also Commentary to Article 36, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (2), pp. 104-105 (concerning "lost profits" claims)). Thus, the Court concludes that no compensation can be awarded for Guinea's claim relating to unpaid remuneration following Mr. Diallo's expulsion.

* *

50. The Court therefore awards no compensation for remuneration that Mr. Diallo allegedly lost during his detentions and following his expulsion.

3. Alleged deprivation of potential earnings

51. Guinea makes an additional claim that it describes as relating to Mr. Diallo's "potential earnings". Specifically, Guinea states that Mr. Diallo's unlawful detentions and subsequent expulsion resulted in a

détentions puis de l'expulsion illicites de M. Diallo. Elle soutient également que M. Diallo n'a pas été en mesure de céder à des tiers les parts sociales qu'il détenait dans ces sociétés, et que l'intéressé a subi une perte de gains potentiels qu'elle évalue à 50 pour cent de «la valeur d'échange des titres», pour un montant total de 4 360 000 dollars des Etats-Unis.

52. La RDC fait observer que les actifs sur lesquels se fonde la Guinée pour calculer la perte qu'aurait subie M. Diallo appartiennent non pas à celui-ci en sa qualité de personne privée, mais aux deux sociétés. Elle soutient en outre que la Guinée n'a pas apporté la preuve que ces actifs auraient effectivement été perdus ni que certains des biens d'Africom-Zaïre ou d'Africontainers-Zaïre auxquels la Guinée a fait référence n'auraient pu être mis en vente sur le marché.

*

53. La Cour estime que la demande de la Guinée relative à des «gains potentiels» revient à réclamer une indemnisation à raison d'une perte de valeur des sociétés qui serait attribuable aux détentions et à l'expulsion de M. Diallo. Or pareille réclamation va au-delà de l'objet de la présente instance, la Cour ayant déjà déclaré irrecevables les demandes guinéennes se rapportant aux préjudices qui auraient été causés aux sociétés (*C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 617, par. 98, point 1 *b)* du dispositif).

*

54. La Cour, en conséquence, n'allouera aucune indemnité à la Guinée au titre de sa demande afférente à des «gains potentiels» de M. Diallo.

* *

55. Ayant examiné les composantes de sa demande relative au préjudice matériel subi par M. Diallo par suite du comportement illicite de la RDC, la Cour décide d'allouer à la Guinée une indemnité d'un montant de 10 000 dollars des Etats-Unis.

III. Total de l'indemnité et intérêts moratoires

56. L'indemnité à verser à la Guinée s'élève à un total de 95 000 dollars des Etats-Unis, payable le 31 août 2012 au plus tard. La Cour s'attend à ce que le paiement soit effectué en temps voulu par la RDC et n'a aucune raison de supposer que celle-ci n'agira pas en conséquence. Néanmoins, tenant compte du fait que l'octroi d'intérêts moratoires est conforme à la pratique d'autres juridictions internationales (voir, par exemple, *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt du 1er juillet 1999, TIDM, par. 175; *Bámaca-Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 22 février 2002 (réparations et frais), CIADH, série C,

decline in the value of the two companies and the dispersal of their assets. Guinea also asserts that Mr. Diallo was unable to assign his holdings *(parts sociales)* in these companies to third parties and that his loss of potential earnings can be valued at 50 per cent of the "exchange value of the holdings", a sum that, according to Guinea, totals US$4,360,000.

52. The DRC points out that Guinea's calculation of the alleged loss to Mr. Diallo is based on assets belonging to the two companies, and not assets that belong to Mr. Diallo in his individual capacity. Furthermore, the DRC contends that Guinea provides no proof that the companies' assets have, in fact, been lost or that specific assets of Africom-Zaire or Africontainers-Zaire to which Guinea refers could not be sold on the open market.

*

53. The Court considers that Guinea's claim concerning "potential earnings" amounts to a claim for a loss in the value of the companies allegedly resulting from Mr. Diallo's detentions and expulsion. Such a claim is beyond the scope of these proceedings, given this Court's prior decision that Guinea's claims relating to the injuries alleged to have been caused to the companies are inadmissible (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 617, para. 98, subpara. (1) *(b)* of the operative part).

*

54. For these reasons, the Court awards no compensation to Guinea in respect of its claim relating to the "potential earnings" of Mr. Diallo.

* *

55. Having analysed the components of Guinea's claim in respect of material injury caused to Mr. Diallo as a result of the DRC's unlawful conduct, the Court awards compensation to Guinea in the amount of US$10,000.

III. Total Sum Awarded and Post-Judgment Interest

56. The total sum awarded to Guinea is US$95,000 to be paid by 31 August 2012. The Court expects timely payment and has no reason to assume that the DRC will not act accordingly. Nevertheless, considering that the award of post-judgment interest is consistent with the practice of other international courts and tribunals (see, for example, *The M/V "Saiga" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines* v. *Guinea)*, judgment of 1 July 1999, ITLOS, para. 175; *Bámaca-Velásquez* v. *Guatemala*, judgment of 22 February 2002 (reparations and costs), IACHR, Series C, No. 91, para. 103; *Papamichalopoulos and Others* v. *Greece (Article 50)*,

n° 91, par. 103; *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50)*, requête n° 33808/02, arrêt du 31 octobre 1995, CEDH, série A, n° 330-B, par. 39; *Lordos et autres c. Turquie*, requête n° 15973/90, arrêt du 10 janvier 2012 (satisfaction équitable), CEDH, par. 76 et point 1 *b)* du dispositif), la Cour décide que, en cas de paiement tardif, des intérêts moratoires sur la somme principale due courront, à compter du 1er septembre 2012, au taux annuel de 6 pour cent. Ce taux est fixé eu égard aux taux en vigueur sur les marchés internationaux et à l'importance qui s'attache à la prompte exécution du présent arrêt.

57. La Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci.

IV. Frais de procédure

58. La Guinée demande à la Cour de lui adjuger des frais s'élevant à 500 000 dollars des Etats-Unis, au motif que «le fait d[e l']avoir contraint[e] à engager la présente procédure l'a exposé[e] à des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge».

59. Pour sa part, la RDC prie la Cour «de rejeter la demande de remboursement des frais introduite par la Guinée et de laisser chaque Etat supporter ses propres frais de procédure, y inclus les frais et honoraires de ses conseils, avocats et autres». La RDC fait valoir que la Guinée a perdu l'essentiel du procès et que, de surcroît, le montant réclamé «est fantaisiste, forfaitaire et ne repose sur aucune preuve sérieuse et crédible».

*

60. La Cour rappelle que, aux termes de l'article 64 du Statut, «[s]'il n'en est autrement décidé par la Cour, chaque partie supporte ses frais de procédure». Bien qu'elle ait, jusqu'à présent, toujours suivi cette règle générale, le libellé de l'article 64 laisse entendre que certaines circonstances pourraient justifier qu'elle adjuge des frais à l'une ou l'autre des parties. Cependant, elle ne considère pas que de telles circonstances existent en l'espèce. En conséquence, chaque Partie supportera ses frais de procédure.

* * *

61. Par ces motifs,

La Cour,

1) Par quinze voix contre une,

application No. 33808/02, judgment of 31 October 1995, ECHR, Series A, No. 330-B, para. 39; *Lordos and Others* v. *Turkey*, application No. 15973/90, judgment of 10 January 2012 (just satisfaction), ECHR, para. 76 and *dispositif*, para. 1 *(b)*), the Court decides that, should payment be delayed, post-judgment interest on the principal sum due will accrue as from 1 September 2012 at an annual rate of 6 per cent. This rate has been fixed taking into account the prevailing interest rates on the international market and the importance of prompt compliance.

57. The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury.

IV. Procedural Costs

58. Guinea requests the Court to award costs in its favour, in the amount of US$500,000, because, "as a result of having been forced to institute the present proceedings, the Guinean State has incurred unrecoverable costs which it should not, in equity, be required to bear".

59. The DRC asks the Court "to dismiss the request for the reimbursement of costs submitted by Guinea and to leave each State to bear its own costs of the proceedings, including the costs of its counsel, advocates and others". The DRC contends that Guinea lost the major part of the case and that, moreover, the amount claimed "represents an arbitrary, lump-sum determination, unsupported by any serious and credible evidence".

*

60. The Court recalls that Article 64 of the Statute provides that, "[u]nless otherwise decided by the Court, each party shall bear its own costs". While the general rule has so far always been followed by the Court, Article 64 implies that there may be circumstances which would make it appropriate for the Court to allocate costs in favour of one of the parties. However, the Court does not consider that any such circumstances exist in the present case. Accordingly, each Party shall bear its own costs.

* * *

61. For these reasons,

THE COURT,

(1) By fifteen votes to one,

Fixe à 85 000 dollars des Etats-Unis le montant de l'indemnité due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée pour le préjudice immatériel subi par M. Diallo;

POUR : M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, *juges*; M. Mahiou, juge *ad hoc*;

CONTRE : M. Mampuya, juge *ad hoc*;

2) Par quinze voix contre une,

Fixe à 10 000 dollars des Etats-Unis le montant de l'indemnité due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée pour le préjudice matériel subi par M. Diallo en ce qui concerne ses biens personnels;

POUR : M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, *juges*; M. Mahiou, juge *ad hoc*;

CONTRE : M. Mampuya, juge *ad hoc*;

3) Par quatorze voix contre deux,

Dit qu'aucune indemnisation n'est due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée pour le préjudice matériel qu'aurait subi M. Diallo du fait d'une perte de rémunération professionnelle au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicites;

POUR : M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, *juges*; M. Mampuya, juge *ad hoc*;

CONTRE : M. Yusuf, *juge*; M. Mahiou, juge *ad hoc*;

4) A l'unanimité,

Dit qu'aucune indemnisation n'est due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée pour le préjudice matériel qu'aurait subi M. Diallo du fait d'une privation de gains potentiels;

5) A l'unanimité,

Dit que le montant intégral de l'indemnité due conformément aux points 1 et 2 ci-dessus devra avoir été acquitté au 31 août 2012 et que, en cas de non-paiement à la date indiquée, des intérêts courront sur la somme principale due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée, à compter du 1^er^ septembre 2012, au taux annuel de 6 pour cent;

6) Par quinze voix contre une,

Rejette la demande de la République de Guinée en ce qui concerne les frais de procédure.

Fixes the amount of compensation due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea for the non-material injury suffered by Mr. Diallo at US$85,000;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge* ad hoc Mahiou;

AGAINST: *Judge* ad hoc Mampuya;

(2) By fifteen votes to one,

Fixes the amount of compensation due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea for the material injury suffered by Mr. Diallo in relation to his personal property at US$10,000;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge* ad hoc Mahiou;

AGAINST: *Judge* ad hoc Mampuya;

(3) By fourteen votes to two,

Finds that no compensation is due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea with regard to the claim concerning material injury allegedly suffered by Mr. Diallo as a result of a loss of professional remuneration during his unlawful detentions and following his unlawful expulsion;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge* ad hoc Mampuya;

AGAINST: *Judge* Yusuf; *Judge* ad hoc Mahiou;

(4) Unanimously,

Finds that no compensation is due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea with regard to the claim concerning material injury allegedly suffered by Mr. Diallo as a result of a deprivation of potential earnings;

(5) Unanimously,

Decides that the total amount of compensation due under points 1 and 2 above shall be paid by 31 August 2012 and that, in case it has not been paid by this date, interest on the principal sum due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea will accrue as from 1 September 2012 at an annual rate of 6 per cent;

(6) By fifteen votes to one,

Rejects the claim of the Republic of Guinea concerning the costs incurred in the proceedings.

POUR : M. Tomka, *président* ; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président* ; MM. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, M. Gaja, Mme Sebutinde, *juges* ; M. Mampuya, juge *ad hoc* ;

CONTRE : M. Mahiou, juge *ad hoc*.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le dix-neuf juin deux mille douze, en trois exemplaires, dont l'un sera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Guinée et au Gouvernement de la République démocratique du Congo.

Le président,

(Signé) Peter TOMKA.

Le greffier,

(Signé) Philippe COUVREUR.

M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ; MM. les juges YUSUF et GREENWOOD joignent des déclarations à l'arrêt ; MM. les juges *ad hoc* MAHIOU et MAMPUYA joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle.

(Paraphé) P.T.

(Paraphé) Ph.C.

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge* ad hoc Mampuya;

AGAINST: *Judge* ad hoc Mahiou.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this nineteenth day of June, two thousand and twelve, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Guinea and the Government of the Democratic Republic of the Congo, respectively.

(Signed) Peter TOMKA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judge CANÇADO TRINDADE appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judges YUSUF and GREENWOOD append declarations to the Judgment of the Court; Judges *ad hoc* MAHIOU and MAMPUYA append separate opinions to the Judgment of the Court.

(Initialled) P.T.

(Initialled) Ph.C.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
I. *Prolegomena*	1-3
II. The Subject of the Rights Breached and the Subject of the Right to Reparations	4-13
III. *Neminem Laedere*: Insights on Reparations from the "Founding Fathers" of the Law of Nations (*Droit des Gens*)	14-21
IV. The Dawn of State Responsibility and the Rationale of Duty of Reparation	22-31
V. An Indissoluble Whole: Breach of International Law and Compliance with the Duty of Reparation for Damages	32-40
VI. The Centrality of the Victims in Human Rights Protection, and Its Implications for Reparations	41-59
1. The central position of the victims	41-44
2. The implications for reparations	45-49
3. The distinct forms of reparation	50-59
VII. The Contribution of the Case Law of the International Human Rights Tribunals (IACtHR and ECHR)	60-73
1. The relevance of their case law on reparations due to the victims	60-64
2. The contribution of the Inter-American Court of Human Rights	65-70
3. The contribution of the European Court of Human Rights	71-73
VIII. *Neminem Laedere* and Reparation for Moral Damage to Individuals	74-80
IX. The Relevance of the Rehabilitation of Victims	81-85
X. Epilogue: Concluding Reflections	86-101

*

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
I. PROLÉGOMÈNES	1-3
II. LE TITULAIRE DES DROITS VIOLÉS ET DU DROIT À RÉPARATION	4-13
III. LE PRINCIPE *NEMINEM LAEDERE*, OU LA NOTION DE RÉPARATION DANS L'ESPRIT DES «PÈRES FONDATEURS» DU DROIT DES GENS	14-21
IV. L'AVÈNEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET LA RAISON D'ÊTRE DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION	22-31
V. LE TOUT INDISSOLUBLE FORMÉ PAR LA VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL ET L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE RÉPARER LES DOMMAGES CAUSÉS	32-40
VI. LA PLACE CENTRALE DES VICTIMES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET LES CONSÉQUENCES QUI EN DÉCOULENT EN MATIÈRE DE RÉPARATION	41-59
1. La place centrale des victimes	41-44
2. Les conséquences qui en découlent en matière de réparation	45-49
3. Les différentes formes de réparation	50-59
VII. LA CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES GARANTES DES DROITS DE L'HOMME (CIADH ET CEDH)	60-73
1. La pertinence de leur jurisprudence en matière de réparation due aux victimes	60-64
2. La contribution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme	65-70
3. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme	71-73
VIII. LE PRINCIPE *NEMINEM LAEDERE* ET LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE MORAL CAUSÉ À L'INDIVIDU	74-80
IX. L'IMPORTANCE DE RÉHABILITER LES VICTIMES	81-85
X. ÉPILOGUE: CONCLUSIONS	86-101

*

I. *PROLEGOMENA*

1. I have voted in favour of the adoption of the present Judgment in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)*, whereby the International Court of Justice (ICJ) has ordered reparations for the damages suffered by Mr. A. S. Diallo (established in the previous Judgment on the merits, of 30 November 2010), as an individual, under the UN Covenant on Civil and Political Rights (Art. 13), and under the African Charter on Human and Peoples' Rights (Article 12 (4)), as well as under the Vienna Convention on Consular Relations (his right to information on consular assistance, under Article 36 (1) *(b)*). In the present Judgment, in determining the reparations due ultimately to Mr. A. S. Diallo, as a result of the damages he suffered (para. 57), the ICJ has rightly taken into account the experience of other contemporary international tribunals in the matter of reparations for damages.

2. Amongst those tribunals, of particular importance is the case law of the international tribunals of human rights (in particular that of the Inter-American and the European Courts of Human Rights), as I shall seek to demonstrate in the present separate opinion. Although I have agreed with the Court's majority as to the determination of reparations in the present Judgment, there are some points, not fully reflected in the reasoning of the Court, that I feel obliged to dwell upon in the present separate opinion, so as to clarify the matter dealt with by the Court, and the foundations of my personal position thereon. One of the key points concerns the position of individuals as subjects of contemporary international law, and, accordingly, as *titulaires* of the right to reparation for the damages they have suffered.

3. My reflections, developed in the present separate opinion, pertain to other points as well, at conceptual and epistemological levels, namely: *(a)* the subject of the rights breached and the subject of the right to reparations; *(b) neminem laedere*: insights on reparations from the "founding fathers" of the law of nations *(droit des gens)*; *(c)* the dawn of State responsibility and the rationale of duty of reparations; *(d)* an indissoluble whole: breach of international law and compliance with the duty of reparation for damages; *(e)* the centrality of the victims in human rights protection, and its implications for reparations, and the distinct forms of these latter; *(f)* assessment of the contribution of the case law of the international human rights tribunals (in particular that of the Inter-American and the European Courts of Human Rights); *(g) neminem laedere* and reparation for moral damage to individuals; and *(h)* the relevance of the rehabilitation of victims. The way will then be paved, in the epilogue, for the presentation of my concluding reflections on the matter.

I. Prolegomènes

en faveur de l'adoption du présent arrêt en l'affaire
o Diallo (République de Guinée c. République démo-
ngo), dans lequel la Cour internationale de Justice (la
escrit des mesures de réparation pour les dommages
son précédent arrêt sur le fond du 30 novembre 2010)
Diallo avait subis, en tant qu'individu, au regard du Pacte
latif aux droits civils et politiques (art. 13), de la Charte
oits de l'homme et des peuples (art. 12, par. 4), ainsi que
n de Vienne sur les relations consulaires (non-respect du
ation sur l'assistance consulaire visé à l'alinéa *b)* du para-
ticle 36). En déterminant dans le présent arrêt le montant
n finalement due à M. A. S. Diallo pour les dommages
s (par. 57), la Cour a dûment tenu compte de l'expérience
d'autres juridictions internationales modernes en matière

notamment ici aux juridictions internationales garantes
l'homme (en particulier aux Cours interaméricaine et
s droits de l'homme), dont la jurisprudence revêt une
ciale, comme je tâcherai de le démontrer dans la présente
uelle. Bien que je rejoigne la majorité quant aux mesures
fixées dans le présent arrêt, il subsiste certains points
'a pas suffisamment développés dans son raisonnement
ens tenu d'approfondir ici, afin de mettre en lumière les
aboutissants de l'affaire ainsi que les fondements de ma
nelle dans ce domaine. L'un des principaux points a trait
individu, qui, en tant que sujet du droit international
tulaire du droit à réparation pour les dommages qu'il a

ions développées dans la présente opinion individuelle
d'autres aspects d'ordre conceptuel et épistémologique, qui
le titulaire des droits violés et du droit à réparation; *b)* le
em laedere, ou la notion de réparation dans l'esprit des
urs» du droit des gens; *c)* l'avènement de la responsabilité
raison d'être de l'obligation de réparation; *d)* le tout
rmé par la violation du droit international et l'exécution
de réparer les dommages causés; *e)* la place centrale
ans le domaine de la protection des droits de l'homme,
es qui en découlent en matière de réparation et les diffé-
le celle-ci; *f)* la contribution de la jurisprudence des juri-
ationales garantes des droits de l'homme (en particulier
s interaméricaine et européenne des droits de l'homme);
neminem laedere et la réparation du préjudice moral causé
h) l'importance de réhabiliter les victimes. Le moment
u, en guise d'épilogue, d'exposer mes conclusions en la

II. The Subject of the Rights Breached and the Subject of the Right to Reparations

4. In its Judgment on the merits (of 30 November 2010) in the present case, the Court established the violations of the *rights* of Mr. Diallo "as an individual" (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 655, para. 34), namely, his rights under Article 13 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, and under Article 12 (4) of the African Charter on Human and Peoples' Rights, in addition to his right to information on consular assistance under Article 36 (1) *(b)* of the Vienna Convention on Consular Relations[1]. This was the first time in its history that the Court established violations of human rights, under two human rights treaties, in addition to the relevant provision of the 1963 Vienna Convention.

5. The subject of the rights violated in the *cas d'espèce* was a human being, Mr. A. S. Diallo, not a State. Likewise, the subject of the corresponding right to reparation is a human being, Mr. A. S. Diallo, not a State. He is the *titulaire* of such right to reparation, and the beneficiary of the reparations ordered by the Court in the present Judgment. In the previous Judgment on the merits (of 30 November 2010) the Court referred to the reparation — in the form of compensation — "due to Guinea for the injury suffered by Mr. Diallo" (*ibid.*, p. 691, para. 161). The Court further referred to the compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to Guinea "for the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-1996, including the resulting loss of his personal belongings" (*ibid.*, p. 691, para. 163).

6. In the subsequent proceedings as to reparations (written phase only), Guinea referred repeatedly, in its Memorial of 6 December 2011, to the damages[2] or injuries[3] or harms[4] suffered by Mr. Diallo, to the discrimination[5] and arbitrariness[6] inflicted against him. It also referred to the Democratic Republic of the Congo's breaches of human rights obligations[7]. For its part, in its Counter-Memorial of 21 February 2012, the Democratic Republic of the Congo (DRC) acknowledged the injuries[8] or damages[9] suffered by Mr. Diallo. The two contending Parties thus agreed that reparations were here due to the victim, for the human rights violations he suffered. The *titulaire* of the rights breached, and the *beneficiary* of the reparations due, was the individual concerned, Mr. A. S. Diallo.

---

[1] *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, resolutory points 2, 3 and 4 of the *dispositif*.
[2] Memorial of the Republic of Guinea, paras. 16 and 48, and cf. para. 63.
[3] *Ibid.*, paras. 35 and 47, and cf. para. 62.
[4] *Ibid.*, para. 24.
[5] *Ibid.*, para. 43.
[6] *Ibid.*, para. 61.
[7] *Ibid.*, para. 21.
[8] Counter-Memorial of the DRC, paras. 2, 4 and 1.05.
[9] *Ibid.*, paras. 1.05 and 1.44.

II. Le titulaire des droits violés et du droit à réparation

4. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond de la présente espèce (le 30 novembre 2010), la Cour a constaté que les *droits* «individuels» de M. Diallo avaient été violés (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 655, par. 34), faisant référence aux droits prévus à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi qu'au droit d'être informé des possibilités d'assistance consulaire en vertu de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires[1]. Ainsi, pour la toute première fois de son histoire, la Cour a établi l'existence de violations des droits de l'homme, sur la base de deux traités existant dans ce domaine ainsi que de la disposition susvisée de la convention de Vienne de 1963.

5. Le titulaire des droits violés en l'espèce était un être humain, M. A. S. Diallo, et non un Etat. C'est donc également M. A. S. Diallo, et non un Etat, qui a droit à réparation. Il est à la fois le *titulaire* de ce droit et le bénéficiaire des mesures de réparation prescrites par la Cour dans le présent arrêt. Dans son arrêt antérieur (du 30 novembre 2010) sur le fond de l'espèce, la Cour s'est référée à la réparation — sous la forme d'une indemnisation — qui était «due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo» (*ibid.*, p. 691, par. 161). Elle s'est ensuite référée à l'indemnisation due à la Guinée par la RDC «à raison du dommage résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a[vait] découlé» (*ibid.*, p. 691, par. 163).

6. Lors de la phase ultérieure consacrée à la réparation (procédure écrite uniquement), la Guinée a fait état à plusieurs reprises, dans son mémoire du 6 décembre 2011, des dommages[2], préjudices[3] ou conséquences préjudiciables[4] subis par M. Diallo, ainsi que du traitement discriminatoire[5] et arbitraire[6] qui lui avait été infligé. Elle a également accusé la RDC d'avoir manqué à ses obligations en matière de droits de l'homme[7]. Pour sa part, dans son contre-mémoire du 21 février 2012, la RDC a reconnu les préjudices[8] ou dommages[9] subis par M. Diallo. Les deux Parties convenaient donc qu'une réparation était due à la victime au titre des violations des droits de l'homme qu'elle avait subies. Le *titulaire* des droits violés, et le *bénéficiaire* de la réparation due, était l'individu lésé, M. A. S. Diallo.

---

[1] *Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, points 2, 3 et 4 du dispositif.
[2] Mémoire de la Guinée, par. 16 et 48; voir aussi par. 63.
[3] *Ibid.*, par. 35 et 47; voir aussi par. 62.
[4] *Ibid.*, par. 24.
[5] *Ibid.*, par. 43.
[6] *Ibid.*, par. 61.
[7] *Ibid.*, par. 21.
[8] Contre-mémoire de la RDC, par. 2, 4 et 1.05.
[9] *Ibid.*, par. 1.05 et 1.44.

7. Accordingly, in its Memorial Guinea invoked a recent case from the inter-American system of human rights, concerning Haiti[10]. And, for its part, the Democratic Republic of the Congo, in its Counter-Memorial, invoked a series of decisions from the European and the Inter-American Courts of Human Rights and surveyed them[11], stressing their importance for the determination of "compensation for non-pecuniary damage suffered by individuals"[12]. The Democratic Republic of the Congo made a point of stressing that it deemed it fit to draw on the case law of the Inter-American and European Courts of Human Rights as the corresponding two regional systems of human rights protection

> "are the oldest and best developed in the world and which have abundant practice in fixing compensation to make good the non-pecuniary damage resulting from wrongful and prolonged detentions of physical persons by certain States. In the light of the jurisprudence of these two international courts, the Respondent will submit its own proposal to the Court regarding the amount of compensation which it considers reasonable and proportionate in relation to the non-pecuniary damage suffered by Mr. Diallo."[13]

8. In its present Judgment on reparations the Court has recalled its finding in its previous Judgment on the merits (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 691, para. 163) in the *cas d'espèce*, whereby the amount of compensation due to Mr. A. S. Diallo is based on the damage suffered resulting from his "wrongful detentions and expulsion" in 1995-1996 and the consequent "loss of his personal belongings" (Judgment, para. 11). The whole reasoning of the Court is developed on the basis of the damages suffered by Mr. A. S. Diallo, as established by it in its earlier Judgment on the merits (of 30 November 2010). In the present Judgment, the Court reiterates its position that the damages were done to Mr. A. S. Diallo, the individual victim (*ibid.*, para. 57), not to his State of nationality or origin.

9. The fact that the mechanism for dispute-settlement by the ICJ is, as disclosed by its *interna corporis*, an inter-State one, does not mean that the Court's findings, and its corresponding reasoning, ought to be invariably limited to a strict inter-State approach. Not at all; in their contents, cases vary considerably, and, throughout the last decades, some of them have directly concerned the condition of individuals. I have had the occasion to point this out in my separate opinion in the Court's recent Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the International Labour Organization Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (*I.C.J. Reports 2012 (I)*,

[10] Memorial of the Republic of Guinea, para. 30.
[11] Counter-Memorial of the DRC, paras. 1.07-1.43.
[12] *Ibid.*, para. 1.47, and cf. para. 1.41.
[13] *Ibid.*, para. 1.07.

7. Dans ce contexte, la Guinée a invoqué dans son mémoire une affaire examinée récemment par la commission interaméricaine des droits de l'homme, qui concernait Haïti[10]. La RDC a quant à elle renvoyé dans son contre-mémoire à une série de décisions rendues par les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, passant ces précédents en revue[11] pour en souligner l'importance aux fins de déterminer le montant des «indemnités [à verser] pour réparer le dommage immatériel subi par des personnes physiques»[12]. La RDC a bien insisté sur la nécessité de suivre la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, ces deux organes régionaux de défense des droits de l'homme étant

> «les plus anciens et les mieux développés dans le monde, [et ayant] une pratique abondante en ce qui concerne la fixation des indemnités pour réparer les dommages immatériels découlant des détentions illicites et prolongées des personnes physiques par certains Etats. Au regard de la jurisprudence de ces deux juridictions internationales, l'Etat défendeur présentera à la Cour sa propre proposition sur le montant de l'indemnité qu'il considère comme raisonnable et proportionnée par rapport au dommage immatériel subi par M. Diallo.»[13]

8. Dans son présent arrêt sur la réparation due en l'espèce, la Cour rappelle la conclusion qu'elle avait formulée dans son arrêt antérieur sur le fond de l'affaire (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 691, par. 163), à savoir que l'indemnité devait être chiffrée sur la base des dommages causés à M. A. S. Diallo du fait de ses «détentions et de [son] expulsion illicites», dans les années 1995 et 1996, et de la «perte de ses effets personnels» qui en avait résulté (arrêt, par. 11). Le raisonnement tout entier de la Cour est basé sur les dommages subis par l'intéressé, tels qu'établis dans sa décision antérieure sur le fond (du 30 novembre 2010). Dans le présent arrêt, la Cour réaffirme que les dommages ont été causés à M. A. S. Diallo, la personne victime (*ibid.*, par. 57), et non à l'Etat dont il a la nationalité ou dont il est originaire.

9. Le fait que le mécanisme de règlement des différends par la Cour soit, comme le révèlent les textes constitutifs de celle-ci, de caractère interétatique ne signifie pas qu'elle doive toujours, dans ses conclusions et dans le raisonnement qui les sous-tend, s'en tenir à une perspective strictement interétatique. Bien au contraire. La teneur des affaires peut varier considérablement, et certaines de celles dont la Cour a eu à connaître au fil des dernières décennies mettaient directement en jeu la situation de personnes physiques. J'ai déjà eu l'occasion de le faire observer dans l'opinion individuelle que j'ai jointe au récent avis consultatif de la Cour sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail*

[10] Mémoire de la Guinée, par. 30.
[11] Contre-mémoire de la RDC, par. 1.07-1.43.
[12] *Ibid.*, par. 1.47; voir aussi par. 1.41.
[13] *Ibid.*, par. 1.07.

pp. 79-80, paras. 78-79), and I do so again in the present separate opinion in the *Diallo* case (Judgment on Reparations).

10. Notorious examples in that sense are provided, e.g., by the *Nottebohm* case (*Liechtenstein* v. *Guatemala*) (1955, on double nationality); the case concerning the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (*Netherlands* v. *Sweden*) (1958); the case of the *Trial of Pakistani Prisoners of War* (*Pakistan* v. *India*) (1973); the *"Hostages"* (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (*United States* v. *Iran*) case (1980)); the *East-Timor* (*Portugal* v. *Australia*) case (1995); the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia-Herzegovina* v. *Yugoslavia*) (1996); the case of *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (*Cameroon* v. *Nigeria*) (1996); the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*) (2000); the three successive cases concerning consular assistance — namely, the cases *"Breard"* (*Vienna Convention on Consular Relations* (*Paraguay* v. *United States*) (1998)); *LaGrand* (*Germany* v. *United States of America*) (2001); and *Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico* v. *United States of America*) (2004); the case on *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (*Belgium* v. *Senegal*) (Order of 2009); the case of *Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo*) (2010); the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (*Georgia* v. *Russian Federation*) (2011); the case of the *Temple of Preah Vihear* (*Cambodia* v. *Thailand*) (Order of 2011); and the case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany* v. *Italy*) (2010-2012).

11. The insufficiency, if not artificiality, of the exclusively inter-State outlook of the procedures before the ICJ has become manifest, in the light of the very nature of some of the contentious cases submitted to it. The same has been disclosed by the exercise of its advisory function, as illustrated by its last two Advisory Opinions, on the *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (2010), and on *Judgment No. 2867 of the International Labour Organization Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (2012). Despite the limitations of the inter-State conception of its mechanism of operation, the Court can at least disclose its preparedness *to reason* in the light of the progressive development of international law, thus contributing to it, beyond the outdated inter-State outlook.

12. In effect, in the present *Diallo* case, the Court's Judgments on the merits (2010) and now on reparations clearly show that its findings and reasoning have rightly gone well beyond the straight-jacket of the strict inter-State dimension. There are circumstances wherein the Court is bound to do so, in the faithful exercise of its judicial function, in cases concerning distinct aspects of the condition of individuals. After all,

sur requête contre le Fonds international de développement agricole (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 79-80, par. 78-79), et je le relève encore aujourd'hui dans la présente opinion individuelle que je joins à l'arrêt rendu sur la réparation en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*.

10. Je citerai par exemple les affaires suivantes : *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (double nationalité, 1955) ; *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)* (1958) ; *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)* (1973) ; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (1980) ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)* (1995) ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (1996) ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (1996) ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2000). Voir également la série de trois affaires relatives à l'assistance consulaire : *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* (dite l'affaire « Breard », 1998) ; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (2001) ; et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (2004). Voir enfin *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (ordonnance de 2009) ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (2010) ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (2011) ; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* (ordonnance de 2011) ; *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (2010-2012).

11. Il est devenu évident que confiner les procédures de la Cour dans une logique purement interétatique est insuffisant, voire artificiel, eu égard à la nature même de certaines des affaires contentieuses portées devant elle. Le même constat s'est imposé lorsque la Cour a exercé sa fonction consultative, comme l'illustrent ses deux derniers avis, dont l'un portait sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2010) et l'autre sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (2012). En dépit des limites tenant à sa vocation interétatique, la Cour peut à tout le moins se montrer prête à *raisonner* en tenant compte du développement progressif du droit international, apportant ainsi sa pierre à l'édifice, sans s'enfermer dans cette conception interétatique qui appartient au passé.

12. De fait, il ressort clairement des arrêts qu'elle a rendus dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, d'abord sur le fond (en 2010) et aujourd'hui sur la réparation, que, dans ses conclusions et dans son raisonnement, la Cour est allée bien au-delà de la dimension strictement interétatique, un carcan dont elle a eu raison de s'affranchir. La Cour n'a parfois guère le choix, pour rester fidèle à sa fonction judiciaire, lorsque

breaches of international law are perpetrated not only to the detriment of States, but also to the detriment of human beings, subjects of rights — and bearers of obligations — emanating directly from international law itself. States have lost the monopoly of international legal personality a long time ago.

13. Individuals — like States and international organizations — are likewise subjects of international law. A breach of their rights entails the obligation to provide reparations to them. This is precisely the case of Mr. A. S. Diallo; the present case bears eloquent witness of that, and of the limits imposed by contemporary international law upon State voluntarism. States cannot dispose of human beings the way they want, irrespective of their rights acknowledged in the *corpus juris* of the international law of human rights; if they breach their rights enshrined therein, they are to bear the consequences thereof, in particular the ineluctable obligation to provide reparation to the individual victims.

III. *Neminem Laedere*: Insights on Reparations from the "Founding Fathers" of the Law of Nations (*Droit des Gens*)

14. This duty of reparation has deep historical roots, going back to the origins of the law of nations: such duty was in fact in the minds of the "founding fathers" of our discipline, as disclosed by their classical writings which have survived the onslaught of time. The present *Diallo* case, unique in the history of this Court — as I pointed out in my separate opinion in its earlier Judgment on the merits (of 30 November 2010) — seems to provide an invitation to embark on the rescue of the earlier thinking on such duty of reparation. In effect, in his celebrated Second *Relectio de Indis* (1538-1539), Francisco de Vitoria made a proposition to the effect that "the enemy who has done the wrong is bound to give all this redress"[14]; there is a duty, even amidst armed hostilities, to make restitution (of losses) and to provide reparation for "all damages"[15].

15. One was here in the realm of *jus gentium*, the law of nations, of all peoples, wherein the right to redress was reckoned[16]. The rules of that emerging law of nations were to be "just and fitting for all persons"; the

[14] *Op. cit. infra* note 16, Appendix B: Francisco de Vitoria, *Second Relectio: On the Indians [De Indis]* [1538-1539], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934 [reed.], p. LV.

[15] *Ibid.*; and cf. Francisco de Vitoria, "Relección Segunda: De los Indios" [1538-1539], *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827.

[16] J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934, pp. 140, 150, 163 and 165.

l'affaire met en jeu différents aspects de la situation d'un individu. Après tout, lorsque le droit international est bafoué, les Etats ne sont pas les seules victimes: les êtres humains en sont également victimes, puisque les droits — et les obligations — qui sont les leurs émanent directement du droit international lui-même. Les Etats ont perdu l'apanage de la personnalité juridique internationale depuis fort longtemps.

13. Les personnes physiques, au même titre que les Etats et les organisations internationales, sont des sujets de droit international. La violation de leurs droits entraîne une obligation de réparation à leur endroit. Tel est précisément le cas de M. A. S. Diallo. La présente affaire en témoigne avec éloquence et montre les limites que le droit international moderne pose à la volonté des Etats, qui ne peuvent disposer à leur gré des êtres humains, au mépris des droits reconnus à ceux-ci dans le *corpus juris* du droit international des droits de l'homme. S'ils violent les droits ainsi conférés à l'individu, ils doivent en assumer les conséquences, en particulier l'obligation de réparation inéluctable qui leur incombe à l'égard des victimes individuelles.

III. Le principe *neminem laedere*, ou la notion de réparation dans l'esprit des «pères fondateurs» du droit des gens

14. Profondément ancrée dans l'histoire, cette obligation de réparation remonte aux origines du droit des gens: en fait, les «pères fondateurs» de notre discipline l'avaient déjà à l'esprit, comme le révèlent leurs ouvrages classiques qui ont résisté à l'épreuve du temps. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, qui est unique dans l'histoire de la Cour — comme je l'ai déjà fait observer dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt précédent sur le fond (du 30 novembre 2010) —, semble inviter à en revenir à la conception première de cette obligation de réparation. De fait, dans sa célèbre *Deuxième leçon sur les Indiens* (1538-1539), Francisco de Vitoria avançait déjà que «[l]es ennemis qui [avaient] commis une injustice [étaient], en effet, tenus à toutes ces obligations [de réparation]»[14] ; même en temps de conflit armé, il existe un devoir de restitution (en cas de perte) et de réparation pour «tous les dommages» causés[15].

15. L'on touchait ici au domaine du *jus gentium* — le droit des gens, de tous les peuples —, dans le cadre duquel le droit à réparation était reconnu[16]. Les règles de ce droit des gens en voie de formation devaient être «justes et

[14] *Op. cit. infra* note 16, appendice B: Francisco de Vitoria, *Second Relectio: On the Indians [De Indis]* [1538-1539], Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934 (rééd.), p. LV.

[15] *Ibid.*; voir aussi Francisco de Vitoria, «Relección Segunda: De los Indios» [1538-1539], *Obras de Francisco de Vitoria — Relecciones teológicas* (dir. publ., T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827.

[16] J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934, p. 140, 150, 163 et 165.

damages caused by wrongful acts were to be assessed, in order to provide redress to those who suffered them, and restitution of the losses[17]. In de Vitoria's understanding, redress of wrongs was to take place in disputes between States, or between groups, or between individuals, i.e., in all sorts of disputes. He viewed the international community of (emerging) States as "co-extensive with humanity"; such redress corresponded, in his conception, to "an international need"[18].

16. Hugo Grotius, for his part, dedicated a whole chapter of his *De Jure Belli ac Pacis* (1625) to the obligation of reparation for damages (Book II, Chap. XVII)[19]. In his outlook, the "injured party" was not necessarily a State; he referred to distinct kinds of damage caused by breaches of "rights resulting to us", or from "losses suffered by negligence"; such damages or losses create an obligation of reparation[20]. In his conception of the *jus gentium*, the (emerging) law of nations, H. Grotius focused on the reasonable, on the dictates of the right reason, bearing in mind also the common needs and, ultimately, the universal human society.

17. Samuel Pufendorf, likewise, in his *Elementorum Jurisprudentiae Universalis — Libri Duo* (1672), asserted that whoever has caused damage by a wrongful act is bound "to make good" and "to restore as much as he contributed to the damage"[21]. In this duty of restitution, each one was bound to provide reparation for the damage he caused, "to restore the whole", on the basis of natural law[22]. In his work *On the Duty of Man and Citizen* (1673), Pufendorf pondered that one who has suffered loss or damage cannot live in peace with the wrongdoer, without compensation; hence the need of restitution. Natural law, attentive to the sociable *(sociabilis)*, condemned vengeance[23]. "Natural equity" set forth the "obligation to make restitution" for loss or harm done with malice or negligence[24].

---

[17] *Op. cit. supra* note 16, pp. 172 and 210-211.

[18] *Ibid.*, pp. 282-283; and cf. also, Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, pp. 73-74, and cf. pp. 169-170.

[19] H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis* [1625], *Liber secundus, caput* XVII, The Hague, M. Nijhoff, 1948, pp. 79-82.

[20] *Ibid.*, pp. 79-80, paras. I and VIII-IX; and cf. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], Paris, PUF, 2005 [reed.], pp. 415-416 and 418, paras. I and VIII-IX.

[21] S. Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis — Libri Duo* [1672], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1931 [reed.], pp. 264-265.

[22] *Ibid.*, p. 266.

[23] S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* [1673], Cambridge University Press, 2003 [5th printing], Book I, Chap. 6, pp. 56-57 and 60.

[24] *Ibid.*, pp. 58-59; and cf. S. Pufendorf, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural* [1673], Rio de Janeiro, Liberty Fund/Topbooks, 2007 [reed.], Book I, Chap. 6, pp. 152-153 and 156.

adaptées à chacun» et les dommages causés par les actes illicites évalués, afin d'apporter réparation à ceux qui en avaient pâti et de leur offrir une restitution en cas de perte[17]. Selon la conception de Vitoria, la réparation devait avoir lieu dans les différends entre Etats, entre groupes ou entre individus, c'est-à-dire dans toutes les catégories de différends. Pour lui, la communauté internationale des Etats (naissants) était «coextensive à l'humanité»; la réparation répondait à «un besoin international»[18].

16. Hugo Grotius, quant à lui, consacra un chapitre entier de son *De jure belli ac pacis* (1625) à l'obligation de réparer les dommages causés (livre II, chap. XVII)[19]. De son point de vue, la «partie lésée» n'était pas nécessairement un Etat; il fit référence à divers types de dommages occasionnés par des violations de «droits revenant à l'individu» ou de «pertes causées par négligence», ces dommages ou pertes donnant lieu à une obligation de réparation[20]. Selon sa conception du *jus gentium*, du droit des gens (naissant), Grotius s'attachait à ce qui était raisonnable, aux exigences de la *recta ratio*, en tenant également compte des besoins communs et, en définitive, de la société humaine universelle.

17. De même, Samuel Pufendorf, dans son *Elementorum jurisprudentiae universalis — Libri duo* (1672), affirma que quiconque avait causé un dommage par un acte illicite était tenu «d'y porter remède» et «de rétablir la situation autant qu'il avait contribué à la dégrader»[21]. Suivant cette conception du devoir de restitution, chacun était tenu de réparer le dommage qu'il avait causé «afin de rétablir la situation antérieure dans sa globalité», sur la base du droit naturel[22]. Dans son ouvrage sur les devoirs de l'homme et du citoyen selon le droit naturel (*De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, 1673), Pufendorf estima qu'une personne victime d'une perte ou d'un dommage ne pouvait vivre en paix avec celui qui en était l'auteur, à moins d'avoir obtenu réparation, d'où la nécessité d'une restitution. Le droit naturel, caractérisé par sa dimension sociale (*sociabilis*), condamnait la vengeance[23]. De l'«équité naturelle» découlait l'«obligation de restitution» pour toute perte ou tout dommage causé par malveillance ou négligence[24].

---

[17] *Op. cit. supra* note 16, p. 172 et 210-211.

[18] *Ibid.*, p. 282-283; voir aussi Association internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 73-74, et voir p. 169-170.

[19] H. Grotius, *De jure belli ac pacis* [1625], *Liber secundus, caput* XVII, La Haye, M. Nijhoff, 1948, p. 79-82.

[20] *Ibid.*, p. 79-80, par. 1 et VIII-IX; voir aussi H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], Paris, PUF, 2005 (rééd.), p. 415-416 et 418, par. 1 et VIII-IX.

[21] S. Pufendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis — Libri duo* [1672], Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1931 (rééd.), p. 264-265.

[22] *Ibid.*, p. 266.

[23] S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* [1673], Cambridge University Press, 2003 (5e éd.), livre I, chap. 6, p. 56-57 et 60.

[24] *Ibid.*, p. 58-59; voir aussi S. Pufendorf, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural* [1673], Rio de Janeiro, Liberty Fund/Topbooks, 2007 (rééd.), livre I, chap. 6, p. 152-153 et 156.

18. For his part, Christian Wolff held, in his *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764), that whoever caused a loss or wrong "to a citizen or subject of another State" is "bound to repair it"; the same applies in the relations among nations, wherein "the loss caused should be repaired"[25]. Any international wrong — he added — entails the duty of reparation, or of restoration of the loss[26]. In his *Principes du droit de la nature et des gens* (1758), Wolff situated the duty to provide reparation for the damage caused in the realm of natural law thinking[27].

19. To the writings, on the subject-matter at issue, of Vitoria, Grotius, Pufendorf and Wolff, others could be added, such as the ponderation of Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598) and of Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), as to the need of a legal system that would regulate the relations of the members of the universal *societas gentium*, and the approach pursued by Cornelius van Bynkershoek (*De Foro Legatorum*, 1721; *Questiones Juris Publici — Libri Duo*, 1737), in keeping on upholding a multiplicity of subjects of *jus gentium* (nations, peoples, persons). By and large, the attention to the common condition of humankind was proper to natural law, which, with the *recta ratio*, provided the basis for the regulation of human relations with the due respect for each other's rights[28]. The duty of reparation responded to an *international need*, in conformity with the *recta ratio* — whether the beneficiaries were States (emerging in their days), peoples, or individuals.

20. Subsequent to the works of Pufendorf and Wolff *(supra)*, international legal thinking embarked on the reductionist path of the *jus inter gentes* pursuant to a much stricter inter-State outlook. The juxtaposition of absolute State sovereignties led to the exclusion from that legal order of the individuals as subjects of rights *(titulaires de droits)*. At international level, the States assumed the monopoly of the condition of subjects of rights; the individuals, for their protection, were left entirely at the mercy of the discretionary intermediation of their nation-States. The international legal order thus erected — which the excesses of legal positivism attempted in vain to justify — excluded therefrom precisely the ultimate addressee of the juridical norms: the human being.

---

[25] C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* [1764], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934 [reed.], p. 162, paras. 318-319.

[26] *Ibid.*, pp. 408 and 425, paras. 789 and 821.

[27] C. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* [1758], Vol. III, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2011 [reed.], Book IX, Chap. VI, pp. 293-294 and 296, paras. II, IV and XIII.

[28] The *right reason* lies at the basis of the law of nations, being the spirit of justice in the line of natural law thinking; this trend of international legal thinking has always much valued the *realization of justice*, pursuant to a "superior value of justice". P. Foriers, *L'organisation de la paix chez Grotius et l'école de droit naturel* [1961], Paris, J. Vrin, 1987, pp. 293, 333, 373 and 375 [reed. of study originally published in: *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Vol. 15, Part II, Brussels, Libr. Encyclopédique, 1961].

istian Wolff indiqua pour sa part, dans son *Jus gentium methodo pertractatum* (1764), que quiconque causait une perte ou un citoyen ou à un sujet d'un autre Etat» était «tenu d'y remé- qui valait également dans les relations entre nations, dans le quelles «la perte causée d[evait] être réparée»[25]. Tout fait illicite nal — ajouta-t-il — entraîne une obligation de réparation, ou ion en cas de perte[26]. Dans ses *Principes du droit de la nature et* 1758), Wolff inscrivit l'obligation de réparation dans le cadre de phie du droit naturel[27].

x ouvrages rédigés en la matière par Vitoria, Grotius, Pufendorf peuvent être ajoutés d'autres encore, comme les réflexions Gentili (*De jure belli*, 1598) et de Francisco Suárez (*De legibus gislatore*, 1612) sur le besoin d'un système juridique qui régle- relations des membres de la *societas gentium* universelle, ainsi roche adoptée par Cornelius van Bynkershoek (*De foro legato- ; Questiones juris publici — Libri duo*, 1737), qui n'a cessé d'in- la multiplicité des sujets du *jus gentium* (les nations, les peuples sonnes). D'une façon générale, ce souci de la condition humaine re au droit naturel qui, avec la *recta ratio*, constituait la base sur les relations humaines pouvaient être réglementées en tenant ompte des droits de chacun[28]. L'obligation de réparation répon- *besoin international*, conformément à la *recta ratio* — que les res fussent les Etats (alors en voie de formation), les peuples ou dus.

la suite des ouvrages de Pufendorf et de Wolff *(supra)*, les théo- droit international s'engagèrent sur la voie réductionniste du *entes* en s'enfermant dans une conception interétatique bien plus a juxtaposition des souverainetés absolues des Etats eut pour clure de cet ordre juridique les personnes physiques, en tant que de droits, un statut dont les Etats avaient l'apanage au niveau nal; les personnes devaient, pour leur protection, s'en remettre nt aux tractations discrétionnaires de leur Etat-nation. L'ordre international ainsi érigé — avec les excès que les tenants du ne juridique tentèrent en vain de justifier — excluait précisément iaire ultime des normes juridiques: l'être humain.

Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* [1764], Oxford/Londres, Press/H. Milford, 1934 (rééd.), p. 162, par. 318-319.
p. 408 et 425, par. 789 et 821.
Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* [1758], vol. III, Caen, versitaires de Caen, 2011 (rééd.), livre IX, chap. VI, p. 293-294 et 296, par. II,

otion de rectitude *(recta ratio)* est à la base du droit des gens, en tant qu'elle sprit de justice qui imprègne la philosophie du droit naturel; ce courant de droit international a toujours fait grand cas de la *réalisation de la justice*, qui ne «valeur supérieure». P. Foriers, *L'organisation de la paix chez Grotius et oit naturel* [1961], Paris, J. Vrin, 1987, p. 293, 333, 373 et 375 (réimpr. de l'étude t publiée dans le *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des* , vol. 15, 2e partie, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1961).

21. The teachings of the "founding fathers" of the law of nations, however, never faded away. Successive grave violations of the rights of the human person (some on a massive scale) awakened human conscience to the need to restore to the human being the central position from where he had been unduly displaced by the exclusive inter-State thinking which prevailed in the nineteenth century. The reconstruction, on human foundations, as from the mid-twentieth century onwards, took, as conceptual basis, the canons of the human being as subject of rights *(titulaire de droits)*, of the collective guarantee of the realization of these latter, and of the objective character of the obligations of protection, and of the realization of superior common values. The individual came again to be perceived as subject of the right to reparation for damages suffered.

IV. The Dawn of State Responsibility and the Rationale of Duty of Reparation

22. In effect, as from the late nineteenth century, some jurists had the intuition to dwell upon reparation for international wrongs, even before the advent of the era of (contemporary) international tribunals. They wrote within distinct theoretical frameworks. One of the earlier jurists to do so was Dionisio Anzilotti. On the one hand, his views on the legal standing of individuals (acknowledged by him only in positive domestic law)[29] became promptly and wholly unacceptable, even in the emerging legal doctrine of his times; this was largely due to the gradual establishment of the direct contacts between individuals and the international legal order (as from, e.g., the pioneering case law of the Central American Court of Justice, 1907-1917, followed by the Advisory Opinion of 1928 of the Permanent Court of International Justice [PCIJ] on the *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928) and the gradual recognition of the access of individuals to international justice[30].

23. On the other hand, another concern expressed by Anzilotti, as to the duty of reparation of damages resulting from breaches of international law so as to preserve the integrity of the international legal order, seems to retain its contemporaneity, over a century later. In fact, already in 1902, in his book *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale*, he pondered, in his conceptualization, that a *viola-*

[29] D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", *op. cit. infra* note 34, pp. 5-6 and 8.

[30] A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECOH/Librotecnia, 2008, pp. 61-407; A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

21. Les enseignements dispensés par les «pères fondateurs» du droit des gens ne sont toutefois jamais tombés dans l'oubli. Devant les graves violations des droits de la personne qui se sont succédé (et dont certaines ont été commises à grande échelle), l'humanité a pris conscience de la nécessité de rendre à l'être humain la place centrale dont il avait été indûment délogé par la vision exclusivement interétatique qui avait prévalu au XIX[e] siècle. Une reconstruction centrée sur l'humain s'est amorcée à partir du milieu du XX[e] siècle, fondée sur l'idée que l'être humain était titulaire de droits, qu'il fallait œuvrer collectivement pour assurer le respect de ces droits, que les obligations de protection revêtaient un caractère objectif et que les valeurs communes devaient primer. L'individu fut à nouveau considéré comme le titulaire du droit à réparation pour les dommages subis.

IV. L'avènement de la responsabilité des États et la raison d'être de l'obligation de réparation

22. De fait, dès la fin du XIX[e] siècle, certains juristes eurent la clairvoyance de se pencher sur la question de la réparation due pour les faits internationalement illicites, même avant que s'ouvre l'ère des juridictions internationales (contemporaines). Ils s'exprimèrent alors dans des cadres théoriques distincts. L'un des premiers à le faire fut Dionisio Anzilotti. Certes, ses vues sur le statut juridique des personnes physiques (qui, selon lui, n'était reconnu qu'en droit positif interne)[29] devinrent vite complètement inacceptables, même dans le contexte de la doctrine juridique naissante de son époque, ce qui s'expliquait en grande partie par le fait que des liens directs se tissaient progressivement entre l'individu et l'ordre juridique international (la Cour de justice centraméricaine fit œuvre de pionnière dans sa jurisprudence des années 1907-1917, avant d'être imitée par la Cour permanente de Justice internationale (la «Cour permanente») dans son avis consultatif de 1928 sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig*), et que l'accès des personnes à la justice internationale était en voie de reconnaissance[30].

23. Une autre préoccupation exprimée par Anzilotti semble, en revanche, rester d'actualité plus d'un siècle plus tard: elle concerne l'obligation de réparer les dommages résultant de violations du droit international afin de préserver l'intégrité de l'ordre juridique international. En fait, dès 1902, dans sa *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Anzilotti estima, dans son exercice

[29] D. Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *op. cit. infra* note 34, p. 5-6 et 8.

[30] A. A. Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 9-104; A. A. Cançado Trindade, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, Santiago du Chili, CECOH/Librotecnia, 2008, p. 61-407; A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 1-236.

tion of international law (ensuing from an anti-juridical fact, a *factum contra jus*) generates *responsibility*[31]; hence the need to cease that violation (in its effects) and to provide *reparation* for the *damage*[32]. And Anzilotti added that "il *neminem laedere* è norma giuridica fondamentale nei rapporti degli Stati come in quelli degl'individui [the *neminem laedere* is a fundamental juridical norm in the relations of States as in those of individuals]"[33].

24. Four years later, Anzilotti stressed that any "act contrary to international law" engages international responsibility[34]. To him, an "international illicit act" is an act which is "in opposition with the objective international law"; thus, "le caractère illicite d'un acte dérive toujours de son opposition avec le droit objectif"[35]. To him, the damage is always encompassed implicitly in the "anti-juridical character of the act"[36]. And he added, with insight, that

> "any act committed by a subject contrary to the rule [of law] entails an obligation to restore, in one form or another, the juridical position which that subject has disturbed.
>
> [A] violation of international juridical standards by a State bound by those standards thus gives rise to a duty to make reparation, which generally consists in the restoration of the juridical position that has been disturbed."[37]

25. In the following years, it became generally accepted that the duty of reparation was one of general or customary international law. Another international law theorist, Hans Kelsen, endeavoured in vain to challenge that. In 1932, dwelling upon reparation, he built his conceptualization within the straight-jacket of the exclusive *inter-State dimension*. He took an isolated position (already in those days) to the effect that the duty of reparation (compliance with which would in his view avoid recourse to force and retaliation or reprisals) would necessarily require a prior *agreement* between the States concerned[38]. Kelsen overlooked the general acknowledgement, discernible already in his times, that that duty was one of general or customary international law, and could not be entirely sub-

---

[31] D. Anzilotti, *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale*, Part I, Florence, F. Lumachi Libr.-Ed., 1902, pp. 75, 78 and 102-103.

[32] *Ibid.*, pp. 95-97 and 100-101.

[33] *Ibid.*, p. 99.

[34] He used indistinctly the terms "acte" and "fait de l'Etat"; cf. D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", 13 *Revue générale de droit international public* (1906), pp. 292 and 296.

[35] *Ibid.*, p. 14.

[36] *Ibid.*, p. 13.

[37] *Ibid. [Translation by the Registry.]*

[38] H. Kelsen, "Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht", 12 *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1932), pp. 481-608.

de conceptualisation, qu'une *violation* du droit international (découlant d'un fait anti-juridique, ou *factum contra jus*) était source de *responsabilité*[31], d'où la nécessité de faire cesser cette violation (ses effets) et d'apporter *réparation* pour le *dommage* causé[32]. Anzilotti ajouta que «il *neminem laedere* è norma giuridica fondamentale nei rapporti degli Stati come in quelli degl'individui [le principe *neminem laedere* constitue une norme juridique fondamentale dans les relations entre Etats aussi bien qu'entre individus]»[33].

24. Quatre ans plus tard, Anzilotti souligna que tout «acte contraire au droit international» engageait la responsabilité internationale de son auteur[34]. Pour lui, un «acte illicite international» était un acte «en opposition avec le droit objectif international»; ainsi, «le caractère illicite d'un acte dériv[ait] toujours de son opposition avec le droit objectif»[35]. Le dommage était toujours compris implicitement dans le «caractère anti-juridique de l'acte»[36]. Il ajouta, non sans perspicacité, que

> «tout acte accompli par un sujet contrairement à la règle [de droit] entraîne en conséquence l'obligation de rétablir, sous une forme quelconque, l'ordre juridique troublé par lui.
>
> La violation de l'ordre juridique international commise par un Etat soumis à cet ordre donne ainsi naissance à un devoir de réparation, qui consiste en général dans le rétablissement de l'ordre juridique troublé.»[37]

25. Dans les années qui suivirent, il devint généralement accepté que l'obligation de réparation relevait du droit international général ou coutumier. Un autre théoricien du droit international, Hans Kelsen, s'évertua en vain à le contester. En 1932, lorsqu'il examina la question de la réparation, il inscrivit toute sa théorie dans le carcan de la *dimension strictement interétatique*. Il était l'un des rares (déjà à l'époque) à soutenir que l'obligation de réparation (dont l'exécution évitait selon lui le recours à la force ou aux mesures de représailles) était nécessairement tributaire de l'*accord* préalable des Etats concernés[38]. Kelsen ne tenait aucun compte de la reconnaissance générale, déjà perceptible chez ses contemporains, du fait que l'obligation de réparation relevait du droit international

---

[31] D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, 1re partie, Florence, F. Lumachi Libr.-Ed., 1902, p. 75, 78 et 102-103.

[32] *Ibid.*, p. 95-97 et 100-101.

[33] *Ibid.*, p. 99.

[34] Il utilisa indifféremment les termes «acte» et «fait de l'Etat»; voir D. Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, tome 13 (1906), p. 292 et 296.

[35] *Ibid.*, p. 14.

[36] *Ibid.*, p. 13.

[37] *Ibid.*

[38] H. Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 12 (1932), p. 481-608.

sumed under the will of individual States *tout court*. *Opinio juris communis* stood above the will of each State.

26. Yet, just as it happened with the theory of Anzilotti, in that of Kelsen there is a concern which seems to have subsisted to date, retaining its contemporaneity: reparation cannot "efface" the breach of international law already committed, but it can rather avoid the negative consequences of the wrongful act (i.e., recourse to force and reprisals on the part of the affected State). In Kelsen's own words, in dwelling upon reparation,

> "Ihr Sinn liegt nicht darin, dass durch sie — wie ihr Name sagt — ein begangenes Unrecht wieder 'gut' gemacht wird, denn dies ist unmöglich. Der einmal gesetzte Unrechtstatbestand kann nicht aus der Welt geschafft werden. Sondern ihr Sinn liegt darin, dass durch sie kraft Rechtens der Eintritt der Unrechtsfolge ausgeschaltet wird." [Its significance does not lie with the fact that through such reparation — as its name implies — a wrong that has already happened will be repaired, as this is impossible. The wrongful behaviour cannot be made to disappear from the world. Its significance lies with the fact that through it, pursuant to a rule, the onset of the consequences of the wrong is made impossible.][39]

27. Reparation, in Kelsen's outlook, would thus contribute not only to justice, but also to peace (a topic which was, later on, towards the end of the Second World War, to attract his attention[40]). In addition, he admitted that reparation (for material and immaterial damage) might take distinct forms[41]. On the obligation of reparation, the celebrated dictum of the PCIJ in the *Chorzów Factory* case (Judgment of 26 July 1927) did not escape his attention[42]. Without abandoning his inter-State approach, in his Hague Academy lectures of 1953 he conceded, as to the obligation of reparation, that "an international court must confine itself to finding that an international obligation has been breached and to ordering reparation for the injury caused"[43].

28. Despite the constraints of the traditional inter-State outlook, the rationale of reparation began to attract growing attention, and its con-

---

[39] *Op. cit. supra* note 38, p. 560.

[40] Cf. H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, pp. 71-124; and cf. H. Kelsen, *A Paz pelo Direito* [1944], São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2011 [reed.], pp. 65-114.

[41] Cf. *op. cit. supra* note 38, pp. 555-560.

[42] Cf. *ibid.*, p. 550.

[43] H. Kelsen, "Théorie du droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 84, 1953, p. 96, and cf. p. 30. *[Translation by the Registry.]*

général ou coutumier, et qu'elle ne pouvait être entièrement soumise à la volonté des Etats tout court. L'*opinio juris communis* primait déjà la volonté individuelle de tel ou tel Etat.

26. Toutefois, comme celle d'Anzilotti, la théorie de Kelsen traduit une préoccupation qui semble avoir subsisté jusqu'à ce jour, restant ainsi d'actualité : la réparation ne saurait «effacer» la violation du droit international déjà commise, mais elle peut permettre d'éviter que l'acte illicite n'entraîne des conséquences négatives (qui peuvent par exemple prendre la forme d'un recours à la force ou à des représailles par l'Etat victime). Comme Kelsen l'a lui-même déclaré en examinant la question de la réparation,

> «Ihr Sinn liegt nicht darin, dass durch sie — wie ihr Name sagt — ein begangenes Unrecht wieder «gut» gemacht wird, denn dies ist unmöglich. Der einmal gesetzte Unrechtstatbestand kann nicht aus der Welt geschafft werden. Sondern ihr Sinn liegt darin, dass durch sie kraft Rechtens der Eintritt der Unrechtsfolge ausgeschaltet wird.» [L'importance de la réparation ne tient pas à ce qu'elle permettrait de réparer — comme son nom l'indique — un acte illicite qui a déjà été commis, ce qui est impossible. Le comportement fautif ne peut être effacé purement et simplement. Si la réparation est importante, c'est parce que, grâce à elle, l'acte illicite ne peut plus, par principe, produire de conséquences.][39]

27. La réparation, dans l'esprit de Kelsen, était donc non seulement un facteur de justice, mais aussi un facteur de paix (un sujet sur lequel il revint des années plus tard, vers la fin de la seconde guerre mondiale[40]). En outre, Kelsen admit que la réparation (des dommages matériels ou immatériels) pouvait prendre différentes formes[41]. S'agissant de l'obligation de réparation, le célèbre *dictum* formulé par la Cour permanente dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (arrêt du 26 juillet 1927) n'échappa pas à son attention[42]. Sans renoncer à sa conception interétatique, il reconnut dans les cours qu'il donna à l'Académie de La Haye en 1953, au sujet de l'obligation de réparation, qu'«un tribunal international d[evait] se borner à constater la violation d'une obligation internationale et à ordonner la réparation du dommage causé»[43].

28. En dépit des contraintes liées à la conception interétatique traditionnelle, la raison d'être de la réparation fit l'objet d'une attention crois-

[39] *Op. cit. supra* note 38, p. 560.

[40] Voir H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, p. 71-124; voir aussi H. Kelsen, *A paz pelo direito* [1944], São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2011 (rééd.), p. 65-114.

[41] Voir *op. cit. supra* note 38, p. 555-560.

[42] Voir *ibid.*, p. 550.

[43] H. Kelsen, «Théorie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 84 (1953), p. 96, et voir p. 30.

ceptual framework was gradually to take place. The PCIJ much contributed to that, in referring, in the aforementioned *Chorzów Factory* case, to the obligation of reparation as corresponding to a *principle of international law*, and as conforming an "indispensable complement" to the wrongful act, so as to efface *all the consequences* of this latter (i.e., the provision of full reparation). In effect, support to the duty of reparation came from distinct trends of opinion.

29. There were those who held, in the early twentieth century, that that duty originated in the postulates of natural law. Amongst those was Paul Fauchille, who, in 1922, lucidly pondered that the rules governing the international responsibility of States, as to reparations,

> "can be summed up in the natural law idea that any act causing injury to others obliges whoever is responsible for that injury to make reparation for it. This idea is applied in private law in the relations between individuals; there is no reason why it should not also be applied in the relations between nations and between nations and individuals."[44]

Depending on the circumstances of the cases, the duty of reparation for damages may thus be performed to the benefit of States, or else of individuals, whoever has been injured. Parallel to the trend of jusnaturalist thinking on the matter, there were also those who beheld the duty of reparation in all legal systems of (positive) law, without which those systems would simply not exist[45].

30. In any case, attention began to be turned to the situation of the victim, as beneficiary of reparation, and if there were treaties which provided for reparation, this was so — unlike what Kelsen had assumed — because such treaties acknowledged a pre-existing and well-established principle of *customary* international law to the same effect[46]. At the basis of this principle, found in all national legal systems, was the "philosophical idea" which "translates the natural law precept *'neminem laedere'*"[47]. Be that as it may, reparation was already widely acknowledged as a postulate of *customary* international law, whereby a *"prestation"* is owed by the wrongdoer to the victim, as a reparation for the harm done, and the victim has the corresponding right to claim it[48]. By the mid-twentieth century, it was possible to state, as Hildebrando Accioly did, that . . ."[t]he

---

[44] P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Vol. I, Part I, Paris, Libr. A. Rousseau Ed., 1922, p. 515. *[Translation by the Registry.]*

[45] Cf., e.g., L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1938, p. 30.

[46] J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1939, pp. 53 and 60.

[47] *Ibid.*, p. 59. *[Translation by the Registry.]*

[48] L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, pp. 19, 23, 25, 48 and 213.

sante, et ses contours conceptuels se dessinèrent progressivement. La Cour permanente y contribua beaucoup en reconnaissant, dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* dont j'ai fait mention plus haut, que l'obligation de réparation constituait un *principe de droit international* et le «pendant indispensable» de l'acte illicite, dont elle visait à effacer *toutes les conséquences* (d'où la notion de réparation intégrale). De fait, les partisans de l'obligation de réparation étaient issus de différents courants de pensée.

29. Il y avait ceux qui, à l'aube du XX[e] siècle, estimaient que cette obligation découlait des prémisses mêmes du droit naturel. Ainsi, en 1922, Paul Fauchille fit observer avec lucidité que, en matière de réparation, les règles gouvernant la responsabilité internationale des Etats

> «se résum[ai]ent dans l'idée de droit naturel que tout fait qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Cette idée est appliquée en droit privé dans les rapports des individus; il n'y a pas de motifs pour ne pas l'appliquer aussi dans les relations que des collectivités ont entre elles-mêmes ou avec des individus.»[44]

Selon les circonstances de l'affaire, l'obligation de réparation doit donc être exécutée au profit de toute victime, qu'il s'agisse d'un Etat ou d'une personne physique. Parallèlement à cette vision jusnaturaliste des choses, il y avait également ceux qui tendaient à ancrer cette obligation dans tous les systèmes de droit (positif), estimant que ceux-ci ne pouvaient tout simplement exister sans elle[45].

30. En tout état de cause, l'attention commença à se porter sur la situation de la victime, en tant que bénéficiaire de la réparation, et, si certains traités prévoyaient une réparation, c'était — contrairement aux suppositions de Kelsen — parce qu'ils consacraient un principe de droit international *coutumier* préexistant et déjà bien établi en ce sens[46]. Ce principe, qui se retrouve dans tous les systèmes juridiques internes, reposait sur l'«idée philosophique» qui «tradui[sait] le précepte du droit naturel *«neminem laedere»*»[47]. Quoi qu'il en soit, la réparation était déjà largement reconnue en tant que postulat du droit international *coutumier*, à savoir que tout fautif devait une «prestation» à sa victime pour remédier au préjudice causé, la victime ayant en retour le droit de la réclamer[48]. Au milieu du XX[e] siècle, il était possible de dire, comme Hildebrando Accioly,

---

[44] P. Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. I, 1re partie, Paris, Libr. A. Rousseau Ed., 1922, p. 515.

[45] Voir par exemple L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1938, p. 30.

[46] J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1939, p. 53 et 60.

[47] *Ibid.*, p. 59.

[48] L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, p. 19, 23, 25, 48 et 213.

general principle of the duty of reparation for injury is accepted throughout the international order"[49].

31. Yet, there was a long way to go, in the progressive development of *reparation* for injuries resulting from international wrongs. The matter continued to be studied — as, in the era of the United Nations, in the long-standing work of the International Law Commission (mainly in the period 1956-2001) —, largely in the framework of the relations among States. With the gradual expansion of international legal personality (and capacity), ineluctably accompanied by the corresponding expansion of international responsibility, the need was felt to consider reparation for damages in other and distinct contexts, beyond that of the strict inter-State framework of dispute-settlement, which became conceptually unsatisfactory.

V. An Indissoluble Whole: Breach of International Law and Compliance with the Duty of Reparation for Damages

32. The domain of international responsibility is central to international law, as without international responsibility the international legal system would not exist. The duty of full reparation is the prompt and indispensable complement of an internationally wrongful act, so as to cease all the consequences ensuing therefrom, and to secure respect for the international legal order[50]. The duty of reparation within the realm of international responsibility is attached to subjectivity in international law, ensuing from the condition of being subject of rights and bearer of duties in the law of nations *(droit des gens)*[51]. The advent of the international law of human rights and of contemporary international criminal law has had the impact of clarifying this whole matter, leaving no doubts that individuals — no longer only States — are also subjects of rights and bearers of duties emanating directly from international law (the *droit des gens*)[52].

33. The treatment to be dispensed to reparations was only to evolve, and considerably so, with the advent of the international law of human rights, being ineluctably *victim-oriented* as it is. The imperative of compliance with the duty of reparation was not to be limited to the avoidance of sanctions or reprisals (as propounded by Kelsen, *supra*) at inter-State level. Beyond that advantage stood, in the domain of juridical epistemol-

[49] H. Accioly, "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 96, 1959, p. 415. *[Translation by the Registry.]*

[50] C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965, pp. 15, 17-18, 21-22, 60-61 and 79.

[51] *Ibid.*, pp. 15 and 53.

[52] A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 1-187.

que «[l]e principe général du devoir de réparation des dommages [était] partout accepté dans l'ordre international»[49].

31. Pourtant, le développement progressif de la notion de *réparation* pour les préjudices résultant de faits internationalement illicites n'en était qu'à ses prémices. La question continua d'être étudiée — notamment, à l'époque des Nations Unies, par la Commission du droit international dans ses travaux (surtout pendant la période 1956-2001) —, le plus souvent sous l'angle des relations entre Etats. Face à l'expansion progressive de la personnalité (et de la capacité) juridique internationale, qui entraîna inéluctablement celle de la responsabilité internationale, il se révéla nécessaire d'envisager la réparation des dommages dans d'autres contextes et de sortir du cadre strictement interétatique du règlement des différends, qui avait atteint ses limites sur le plan conceptuel.

V. Le tout indissoluble formé par la violation du droit international et l'exécution de l'obligation de réparer les dommages causés

32. Le domaine de la responsabilité internationale occupe une place centrale en droit international, puisque le système juridique international tout entier repose sur la notion de responsabilité. Pendant automatique et indispensable de tout acte illicite international, l'obligation de réparation intégrale vise à mettre fin à l'ensemble des conséquences d'un tel acte et à assurer le respect de l'ordre juridique international[50]. Dans le domaine de la responsabilité internationale, l'obligation de réparation est liée à la qualité de sujet de droit international, c'est-à-dire qu'elle découle du fait d'être titulaire de droits et d'obligations en droit des gens[51]. L'avènement du droit international des droits de l'homme et du droit international pénal moderne a eu pour effet d'éclaircir la situation en la matière: il ne fait aujourd'hui plus aucun doute que les personnes physiques — et non plus uniquement les Etats — sont elles aussi titulaires de droits et d'obligations qui émanent directement du droit international (le droit des gens)[52].

33. La conception de la réparation ne pouvait qu'évoluer, et considérablement, avec l'avènement du droit international des droits de l'homme, qui est naturellement *axé sur les victimes*. Exécuter l'obligation de réparation n'était pas seulement impératif pour éviter que des sanctions ou des mesures de représailles ne soient prises au niveau interétatique (ainsi qu'avancé par Kelsen, *supra*). Par-delà cet avantage, il était également impératif, sur le plan

[49] H. Accioly, «Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 96 (1959), p. 415.

[50] C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965, p. 15, 17-18, 21-22, 60-61 et 79.

[51] *Ibid.*, p. 15 et 53.

[52] A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 1-187.

ogy, the imperative of the *realization of justice*. The original breach or violation of international law (irrespective of who committed it) came to be regarded as forming an *indissoluble whole* with the compliance with the duty of reparation (irrespective of who is its beneficiary).

34. This is so, irrespective of the circumstances of the case, as that imperative, in my understanding, touches on the foundations of international law. It was soon to meet with judicial recognition of the Hague Court (both the PCIJ and the ICJ). Thus, as early as in 1927-1928, in the [aforementioned] *Chorzów Factory* case, the PCIJ invoked a precept of customary international law, reflecting a fundamental principle of international law, to the effect that "the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention."[53] And the PCIJ added that such reparation "must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed"[54]. Furthermore — as I recalled in a recent dissenting opinion (in this Court's Judgment of 3 February 2012),

> "In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, (. . .) [t]he *State*'s obligation of reparation ineluctably ensues therefrom, as the 'indispensable complement' of those grave breaches. As the *jurisprudence constante* of the old PCIJ further indicated, already in the inter-war period, that obligation is governed by international law in all its aspects (e.g., scope, forms, beneficiaries); compliance with it shall not be subject to modification or suspension by the respondent State, through the invocation of provisions, interpretations or alleged difficulties of its own domestic law (*Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15*, pp. 26-27; *Greco-Bulgarian "Communities", Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17*, pp. 32 and 35; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46*, p. 167; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, p. 24)." (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 265, para. 241.)

35. The breach of international law and the ensuing compliance with the duty of reparation for injuries are two sides of the same coin; they form an *indissoluble whole*, which cannot at all be disrupted by an undue invocation of State sovereignty or State immunity. This is the view which I have sustained in my dissenting opinion in the recent case on the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)*

[53] *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21.

[54] *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pp. 29 and 47-48.

de l'épistémologie juridique, de faire en sorte que *justice soit rendue*. La violation initiale du droit international (quel qu'en soit l'auteur) fut progressivement considérée comme formant un *tout indissoluble* avec l'exécution du devoir de réparation (quel qu'en soit le bénéficiaire).

34. Tel est le cas dans toutes les affaires, quelles que soient les circonstances, cet impératif touchant selon moi aux fondements mêmes du droit international. La Cour de La Haye le reconnut très vite (tant sous sa forme actuelle qu'à l'époque de sa devancière). Ainsi, dès les années 1927-1928, dans l'affaire (susmentionnée) relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente invoqua un précepte du droit international coutumier reflétant un principe fondamental du droit international, à savoir que «la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc l'indispensable pendant d'un manquement à l'application d'une convention.»[53] La Cour permanente ajouta que la réparation «d[evait], autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»[54]. En outre, comme je l'ai rappelé dans une récente opinion dissidente (jointe à l'arrêt de la Cour du 3 février 2012),

> «Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ... [l]'obligation *de l'Etat* de réparer en découle nécessairement, en tant que «complément indispensable» de ces violations graves. Comme l'indique en outre la jurisprudence constante de la CPJI, déjà entre les deux guerres, cette obligation est régie par le droit international dans tous ses aspects (par exemple quant à sa portée, ses formes et ses bénéficiaires); son exécution ne saurait être soumise à modification ou à suspension par l'Etat défendeur en invoquant les dispositions, interprétations ou difficultés touchant son droit interne (*Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15*, p. 26-27; *«Communautés» gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17*, p. 32 et 35; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 167; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44*, p. 24).» (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, *arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 265, par. 241.)

35. La violation du droit international et l'obligation de réparation qui en découle sont deux faces d'une même médaille: elles forment un *tout indissoluble*, et l'invocation inconsidérée de la souveraineté ou de l'immunité de l'Etat n'y peut rien changer. Tel est le point de vue que j'ai exprimé dans mon opinion dissidente en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))(arrêt,*

[53] *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 21.
[54] *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 29 et p. 47-48.

(Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)), and which I again sustain in the present Judgment of the *Diallo* case: the reparations are owed by the responsible State concerned to the individuals victimized, as illustrated, in my perception, by both cases. The individual right to reparation is well-established in international human rights law, as demonstrated by the considerable case law of the IACtHR and the ECHR on the matter.

36. Contemporary international tribunals cannot remain oblivious of such significant development in recent years. As I deemed it fit to warn in my aforementioned dissenting opinion in the recent Judgment on the *Jurisdictional Immunities of the State*, it would be without foundation to keep on claiming that the regime of reparations for breaches of human rights would exhaust itself at the inter-State level, "to the detriment of the individuals" concerned. After all, the individual victims of those violations "are the *titulaires* of the right to reparation", and

> "[a]n interpretation of the regime of reparations as belonging purely to the inter-State level would furthermore equate to a complete misconception of the position of the individual in the international legal order. In my own conception, 'the human person has emancipated herself from her own State, with the acknowledgement of her rights, which are prior and superior to this latter'."[55] (*I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 269, para. 252.)

Thus, the regime of reparations for human rights violations could not exhaust itself at the inter-State level, leaving the individual at the end without any reparation, and at the mercy of the entire discretion of the wrongdoing State.

37. The right of access to justice *lato sensu* encompasses not only the access to a competent tribunal (at national or international level), but also the right — and its exercise — to an effective remedy and the guarantees of the due process of law, so as to have one's case fairly heard and adjudicated upon. It further comprises the reparations owed to the victims (whenever they are due to them), in the full and faithful compliance with, or execution of, the judgments at issue. Thus properly conceptualized, the right of access to justice forms part of international protection itself.

38. In the present domain of reparations, as in others, contemporary international law, the *jus gentium* of our days, has at last liberated itself from the chains of statism. Human rights constitute a basic foundation of the international legal order, with the reassuring advent of the new primacy of the *raison d'humanité* over the *raison d'Etat*. States are aware that nowadays they are bound to respond for the treatment they dispense to

[55] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, *op. cit. supra* note 30, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: Le regard d'un juge*, *op. cit. supra* note 52, pp. 29 and 146.

C.I.J. Recueil 2012 (I)), et que je défends à nouveau en l'espèce: l'Etat responsable doit réparation aux victimes individuelles, comme le montrent selon moi ces deux affaires. Le droit de l'individu à réparation est bien établi en droit international des droits de l'homme — il suffit de lire l'abondante jurisprudence développée en la matière par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme.

36. Les juridictions internationales modernes ne peuvent ignorer plus longtemps les avancées si importantes de ces dernières années. Pour réitérer la mise en garde que j'estimais nécessaire de formuler dans mon opinion dissidente précitée en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, il serait insensé de s'obstiner à prétendre que le régime de réparation applicable aux violations des droits de l'homme s'épuise au niveau interétatique, «au détriment des personnes» concernées. Ce sont, après tout, les individus victimes de ces violations qui sont les «*titulaires* du droit à réparation», et

> «[i]nterpréter le régime des réparations comme relevant exclusivement du domaine interétatique traduirait en outre une conception totalement erronée de la situation de l'individu dans l'ordre juridique international. Selon ma propre conception, «la personne humaine s'est émancipée de son propre Etat, avec la reconnaissance de ses droits, qui sont antérieurs et supérieurs à ce dernier».»[55] (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 269, par. 252.)

Partant, lorsque des violations de droits de l'homme sont en jeu, le régime de réparation ne saurait s'épuiser au niveau interétatique, laissant en définitive la personne victime privée de toute forme de réparation, complètement à la merci de l'Etat fautif.

37. Le droit d'accès à la justice au sens large comprend non seulement le droit d'avoir accès à une juridiction compétente (au niveau national ou international), mais aussi le droit à un recours effectif et aux garanties d'une procédure régulière, qui doit pouvoir être exercé afin que toute cause puisse être entendue et jugée de manière équitable. Il comprend en outre la réparation due aux victimes (le cas échéant), pour respecter ou exécuter pleinement et scrupuleusement les décisions rendues. Dûment conceptualisé, le droit d'accès à la justice fait partie de la protection internationale elle-même.

38. Dans le présent domaine de la réparation, comme dans d'autres, le droit international contemporain, ou *jus gentium* des temps modernes, s'est enfin libéré des chaînes de l'immobilisme. Les droits de l'homme constituent un pilier fondamental de l'ordre juridique international, et il est rassurant de constater que la raison d'humanité l'emporte aujourd'hui sur la raison d'Etat. Les Etats sont conscients d'être désormais comp-

[55] A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, *op. cit. supra* note 30, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, *op. cit. supra* note 52, p. 29 et 146.

human beings under their respective jurisdictions. The present *Diallo* case, decided by the ICJ on the basis of human rights treaties, bears witness of this reassuring evolution.

39. Within this humanized outlook, the *reparatio* (from the Latin *reparare*, "to dispose again") ceases all the effects of the breaches of international law (the violations of human rights) at issue, and provides satisfaction (as a form of reparation) to the victims; by means of the reparations, the law re-establishes the legal order broken by those violations — a legal order erected on the basis of the full respect for the rights inherent to the human person. The full *reparatio* does not "erase" the human rights violations perpetrated, but rather ceases all its effects, thus at least avoiding the aggravation of the harm already done, besides restoring the integrity of the legal order, as well as that of the victims.

40. One has to be aware that it has become commonplace in legal circles — as is the conventional wisdom of the legal profession — to repeat that the duty of reparation, conforming a "secondary obligation", comes after the breach of international law. This is not my conception; when everyone seems to be thinking alike, no one is actually thinking at all. In my own conception, breach and reparation go together, conforming an indissoluble whole: the latter is the indispensable consequence or complement of the former. The duty of reparation is a *fundamental* obligation, and this becomes clearer if we look into it from the perspective of the centrality of the victims, which is my own. The indissoluble whole that violation and reparation conform admits no disruption by means of the undue invocation, by the responsible State, of its sovereignty or its immunities, so as to evade the indispensable consequence of the international breaches incurred into: the reparations due to the victims.

VI. The Centrality of the Victims in Human Rights Protection, and Its Implications for Reparations

1. The Central Position of the Victims

41. International law itself, in recognizing rights inherent to the human person, disauthorized the archaic positivist dogma which purported, in an authoritarian way, to reduce those rights to the ones "granted" or "conceded" by the State. Contrariwise, the recognition of the individual as a subject of both domestic and international law comes at last to give an ethical content to the norms of both legal orders: domestic and international. It further acknowledges the need for all States, in order to avoid new violations of human rights, to answer for the way they treat human beings under their respective jurisdictions, and to provide reparation for

tables du traitement qu'ils dispensent aux êtres humains placés sous leur juridiction. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que la Cour a tranchée sur la base de traités relatifs aux droits de l'homme, témoigne de cette évolution rassurante.

39. Dans cette optique humanisée, la *reparatio* (du verbe latin *reparare*, «rétablir») met un terme à tous les effets des violations du droit international (des droits de l'homme) qui sont en cause, et elle donne satisfaction (une forme de réparation) aux victimes; grâce à elle, le droit rétablit l'ordre juridique mis à mal par ces violations — un ordre juridique qui repose sur le plein respect des droits inhérents à la personne humaine. La réparation intégrale n'«efface» pas les violations des droits de l'homme qui ont été perpétrées, mais elle permet tout au moins, en en faisant cesser les effets, d'éviter l'aggravation du tort déjà causé tout en assurant le rétablissement tant de l'ordre juridique que des victimes dans leur situation antérieure.

40. Force est de constater qu'il est devenu courant dans les cercles juridiques, où s'expriment les conceptions généralement admises par les professionnels du droit, d'entendre que l'obligation de réparation, perçue comme une «obligation secondaire», vient après la violation du droit international. Ce n'est pas ainsi que je conçois les choses; une pensée unique traduit en fait un manque de réflexion. De mon point de vue, la violation et la réparation vont de pair, formant un tout indissoluble: celle-ci est la conséquence ou le pendant indispensable de celle-là. L'obligation de réparation est *fondamentale*, ce qui devient plus flagrant encore dès lors que l'on se place dans une optique centrée sur les victimes, optique qui est la mienne. Le tout indissoluble que forme le couple violation/réparation résiste aux coups de bélier de l'Etat invoquant à mauvais escient sa souveraineté ou ses immunités pour se soustraire à la conséquence inévitable de violations internationales engageant sa responsabilité: la réparation des dommages causés aux victimes.

VI. La place centrale des victimes dans le domaine de la protection des droits de l'homme et les conséquences qui en découlent en matière de réparation

1. La place centrale des victimes

41. Le droit international lui-même, en reconnaissant les droits inhérents à la personne humaine, a sonné le glas du dogme positiviste archaïque qui tendait à réduire de manière autoritaire ces droits à ceux que l'Etat voulait bien «accorder» ou «concéder». Au contraire, la reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit, tant sur le plan interne qu'à l'échelle internationale, confère enfin une dimension morale aux normes des deux ordres juridiques. Elle confirme également que tous les Etats — pour éviter de nouvelles violations des droits de l'homme — doivent rendre compte de la manière dont ils traitent les êtres humains placés sous leur juridiction et

the harm done to them. Rights, being inherent to the human person, and anterior and superior to the State, are not reduced to those which the State is prepared to "grant" or "concede" to persons under its jurisdiction, at its sole discretion.

42. The subjects of rights and the beneficiaries of reparations *(supra)*, under human rights treaties, are the individuals. The *centrality* of their position in the present domain of protection is well-established. This responds to a true *need* of the international community itself, which seeks nowadays to be guided by superior common values. Such need was intuitively perceived and heralded, some decades ago, in the first half of the twentieth century, in a pioneering way, by André N. Mandelstam[56], Georges Scelle[57] and Charles de Visscher[58]. In our times, the growing acknowledgment, by the international legal order, of the importance of reparations to victims of human rights violations, is a sign of its maturity, even though there remains a long way to go, to take into other areas the contribution of the international law of human rights. In this way, the historical process of the *humanization* of international law, intuitively detected and propounded, some decades ago, by a generation of jusinternationalists with a humanist formation (such as, e.g., M. Bourquin, A. Favre, S. Sucharitkul and S. Glaser)[59], will keep on advancing[60].

43. In fact, no one would, in sane conscience, challenge today that individuals are subjects of rights and bearers of duties which emanate directly from international law, and that States which violate their rights are bound to provide them reparation for the damages. In recent decades, the international community itself has reckoned the *need* to provide protection to the rights of the human beings who compose it (grouped under distinct forms of socio-political organization, either the State or others),

---

[56] A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, P. .is, Editions internationales, 1931, pp. 95-96, 103 and 138.

[57] G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, Part I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. CNRS, 1984), p. 48.

[58] Ch. de Visscher, "Rapport: 'Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international'", *Annuaire de l'Institut de droit international* (1947), pp. 3 and 9.

[59] Cf. M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du droit public — Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 24-38; A. Favre, "Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens", *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Geneva, IUHEI, 1968, pp. 369-390; S. Sucharitkul, "L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain", *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel/The Future of International Law in a Multicultural World* (Colloque de La Haye de 1983, ed. R.-J. Dupuy), The Hague, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye/UNU, 1984, pp. 418-427; S. Glaser, "La protection internationale des valeurs humaines", 60 *Revue générale de droit international public* (1957), pp. 211-241.

[60] Cf. A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law, Part II", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 317, 2005, pp. 19-27 and 269-282.

leur apporter réparation pour les dommages qui leur sont causés. Il s'agit là de droits inhérents à la personne humaine qui sont antérieurs et supérieurs à l'Etat, et qui ne se limitent pas à ceux que ce dernier veut bien «accorder» ou «concéder» à ses ressortissants, à son entière discrétion.

42. Les titulaires des droits et les bénéficiaires de la réparation *(supra)* sont, en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme, les personnes physiques. Leur *place centrale* dans le domaine de la protection est bien établie. Elle répond à un véritable *besoin* de la communauté internationale elle-même, qui aspire aujourd'hui à suivre les valeurs universelles d'intérêt supérieur. Ce besoin avait été perçu de manière intuitive et proclamé, il y a quelques décennies, dans la première moitié du XX[e] siècle, par une génération de juristes précurseurs (André N. Mandelstam[56], Georges Scelle[57] et Charles de Visscher[58]). De nos jours, la reconnaissance croissante, dans l'ordre juridique international, de l'importance d'offrir réparation aux victimes de violations des droits de l'homme est un signe de maturité, même s'il reste fort à faire pour répercuter dans d'autres domaines la contribution du droit international des droits de l'homme. Ainsi, le processus historique d'*humanisation* du droit international, intuitivement décelé et défendu, voici plusieurs dizaines d'années, par une autre génération de juristes formés à l'école humaniste (comme M. Bourquin, A. Favre, S. Sucharitkul et S. Glaser)[59], continuera de suivre son cours[60].

43. En fait, nul ne peut décemment contester aujourd'hui que les personnes sont titulaires de droits et d'obligations qui émanent directement du droit international, et que les Etats qui violent leurs droits sont tenus de leur offrir réparation. Ces dernières dizaines d'années, la communauté internationale elle-même a reconnu la *nécessité* de protéger les droits des êtres humains qui la composent (et qui vivent groupés dans différentes formes d'organisations sociopolitiques, dont l'Etat), en prêtant une atten-

---

[56] A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Editions internationales, 1931, p. 95-96, 103 et 138.

[57] G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, 1re partie, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (réimpr. CNRS, 1984), p. 48.

[58] Ch. de Visscher, «Rapport sur «Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international»», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1947, p. 3 et 9.

[59] Voir M. Bourquin, «L'humanisation du droit des gens», *La technique et les principes du droit public — Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 24-38; A. Favre, «Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 369-390; S. Sucharitkul, «L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain», *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel* (dir. publ., R.-J. Dupuy), colloque de La Haye de 1983, La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye/UNU, 1984, p. 418-427; S. Glaser, «La protection internationale des valeurs humaines», *Revue générale de droit international public*, tome 60 (1957), p. 211-241.

[60] Voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law, Part II», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 317 (2005), p. 19-27 et 269-282.

with particular attention to those — individually or in groups — who find themselves in a situation of special vulnerability.

44. Even if, in certain cases, the international legal capacity of some individuals undergoes certain contingencies in view of their juridical or existential condition (children, elderly persons, stateless persons, among others), this in no way affects the essence and fundamental unity of their legal personality. They remain subjects of rights emanating from the *jus gentium*, and their unaffected international legal personality is the concrete expression of their inherent dignity[61]. They cannot be mistreated by the holders of the public power of the State, and, in case they are, reparation is owed to them. The international legal personality of the human person and the protection of the law subsist intact, irrespective of his or her juridical or existential condition; and his or her personality imposes limits to the power of the State.

2. The Implications for Reparations

45. The implications of the international subjectivity of individuals for reparations due to them were to challenge the postulates of traditional doctrine of State responsibility, and in particular its unsatisfactory and artificial inter-State outlook. Thus, towards the end of the last century, in the mid-1980s, the Cuban jurist F. V. García-Amador criticized the traditional outlook (reminiscent of E. de Vattel) of international responsibility which viewed this latter as a "strictly 'inter-State' legal relationship"; he retorted that that traditional approach was not appropriate to deal with claims for reparations to damages to individuals, such as cases of unlawful detention followed by arbitrary expulsion[62]. The damage — he added — is done to the individual himself (and not to his State of nationality), who is subjected to the "unnecessary humiliation" of the expulsion[63].

46. In sum, it is a damage done to the human person and not to the State. It is that damage that is taken as "the measure" for the determination of the reparation due[64], i.e., the damage done to the individual concerned. It is incongruous to approach this matter from a strict "inter-State" outlook. In this respect, García-Amador rightly observed: "The artificiality, and consequently also the inconsistencies and contradictions, of the traditional doctrine become clearly apparent when one considers the criterion generally applied for measuring the reparation."[65]

---

[61] IACtHR, advisory opinion OC-17/02 (of 28 August 2002), on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 32-34.

[62] F. V. García-Amador, *The Changing Law of International Claims*, Vol. II, N.Y./London, Oceana Publs., 1984, pp. 560 and 584-586.

[63] *Ibid.*, pp. 563-564.

[64] *Ibid.*, p. 562.

[65] *Ibid.*

tion toute particulière à ceux qui, individuellement ou collectivement, se trouvent dans un réel état de vulnérabilité.

44. Même si, dans certains cas, la capacité juridique internationale de personnes peut varier selon leur situation juridique ou existentielle (enfants, personnes âgées ou apatrides, par exemple), ces contingences n'enlèvent rien à l'essence ni à la cohésion fondamentale de la personnalité juridique des intéressés. Ces personnes restent titulaires de droits émanant du *jus gentium*, et leur personnalité juridique internationale, inaltérée, est l'expression concrète de leur dignité inhérente[61]. Elles ne peuvent être maltraitées par des dépositaires de l'autorité publique de l'Etat et, lorsqu'elles le sont, elles ont droit à réparation. La personnalité juridique internationale de la personne humaine et la protection du droit demeurent intactes, quelle que soit la situation juridique ou existentielle de l'individu, et cette personnalité pose certaines limites au pouvoir de l'Etat.

2. Les conséquences qui en découlent en matière de réparation

45. Les implications de cette subjectivité internationale des individus en matière de réparation allaient remettre en cause les postulats sur lesquels reposait la doctrine traditionnelle de la responsabilité étatique et, tout particulièrement, la perspective interétatique peu satisfaisante et artificielle dans laquelle elle se plaçait. Ainsi, vers la fin du siècle dernier, au milieu des années 1980, le juriste cubain F. V. García-Amador critiqua la perspective traditionnelle de la responsabilité internationale (inspirée de E. de Vattel) qui faisait de celle-ci une «relation juridique strictement «interétatique»». Cette approche traditionnelle n'était selon lui pas appropriée pour traiter les demandes de réparation de dommages causés à des individus, tels que les cas de détention illicite suivie d'une expulsion arbitraire[62]. Les dommages — ajoutait-il — sont causés à l'individu lui-même (et non à l'Etat dont il est ressortissant), individu qui est soumis à «l'humiliation inutile» de l'expulsion[63].

46. En somme, le dommage est causé à la personne humaine et non à l'Etat, et c'est ce dommage — causé à l'individu concerné — qui fournit «la mesure» aux fins de déterminer le montant de la réparation due[64]. Il est absurde d'aborder cette question d'un strict point de vue «interétatique». A cet égard, García-Amador a très justement fait observer ce qui suit: «Le caractère artificiel et, partant, incohérent et contradictoire, de la doctrine traditionnelle devient clairement évident lorsqu'on se penche sur le critère généralement appliqué pour mesurer la réparation.»[65]

---

[61] CIADH, *Condition juridique et droits humains de l'enfant*, avis consultatif OC-17/02 du 28 août 2002, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 32-34.

[62] F. V. García-Amador, *The Changing Law of International Claims*, vol. II, New York/Londres, Oceana Publications, 1984, p. 560 et 584-586.

[63] *Ibid.*, p. 563-564.

[64] *Ibid.*, p. 562.

[65] *Ibid.*

47. The UN International Law Commission (ILC) itself, in the 2001 Report on its work on the international responsibility of a State, saw it fit to recall, in addressing the obligation "to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act", the possibility that

> "an internationally wrongful act may involve legal consequences in the relations between the State responsible for that act and persons or entities other than States. This follows from Article 1, which covers all international obligations *of* the State and not only those owed *to* other States. Thus State responsibility extends, for example, to human rights violations and other breaches of international law where the primary beneficiary of the obligation breached is not a State."[66]

The ILC thus expressly reckoned that the international responsibility of a State "may accrue directly to any person or entity other than a State, and Article 33 makes this clear"[67].

48. As disclosed by the present *Diallo* case, one is, in sum, faced with a damage done to an individual. He (and not his State of origin) is the subject of the rights breached, he suffered unlawful detention and arbitrary expulsion (from the State of residence), he is the subject of the corresponding right to reparation, and the beneficiary thereof. His case was originally brought before this Court by his State of nationality (in the exercise of diplomatic protection), but, in its decision on the merits (Judgment of 30 November 2010), the Court made clear that the applicable law was the international law of human rights, concerned with the rights of human beings and not at all of States. The *cas d'espèce*, further clarified in this regard by the present Judgment on reparations, bears witness of the reassuring historical process, presently in course, of the *humanization* of international law — as I have been pointing out and supporting since the 1990s[68].

---

[66] ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session* (2001), N.Y., UN, 2001, p. 214.

[67] *Ibid.*

[68] Cf., to this effect, my earlier individual opinions in the IACtHR (1998 until 2003), namely: IACtHR, case *Castillo Petruzzi and Others* v. *Peru* (preliminary objections, judgment of 4 September 1998), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 6-7; IACtHR, advisory opinion No. 16 of the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1 October 1999), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 34-35; IACtHR, case of the *Haitians and Dominicans of Haitian Origin in the Dominican Republic* (provisional measures of protection, resolution of 18 August 2000), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, para. 12; IACtHR, advisory opinion No. 17 on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child* (28 August 2002), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 66-67 and 71; IACtHR, advisory opinion No. 18 on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (17 September 2003), concurring opinion of Judge Cançado Trindade,

47. La Commission du droit international de l'ONU («CDI») a elle-même, dans son rapport de 2001 consacré à ses travaux sur la responsabilité internationale des Etats, jugé opportun de rappeler, à propos de l'obligation «de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite», la possibilité

> «qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'Etat responsable de ce fait et des personnes ou des entités autres que des Etats. C'est ce qui découle de l'article premier, qui vise toutes les obligations internationales *de* l'Etat et non pas seulement celles qui sont dues *à* d'autres Etats. Ainsi, la responsabilité des Etats s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un Etat.»[66]

La CDI a ainsi expressément reconnu que la responsabilité internationale d'un Etat «p[ouvait] faire naître directement [un droit] au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat et [que] l'article 33 l'indiqu[ait] clairement»[67].

48. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, nous avons en somme affaire à un dommage causé à un individu. C'est cet individu, et non l'Etat dont il est ressortissant, qui est le titulaire des droits violés — c'est lui qui a subi la détention illicite et l'expulsion arbitraire (de l'Etat dont il était résident) — ainsi que du droit à réparation correspondant, dont il est le bénéficiaire. Certes, son cas a initialement été porté devant la Cour par l'Etat dont il est ressortissant (dans l'exercice de la protection diplomatique), mais, dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond (le 30 novembre 2010), la Cour a précisé que le droit applicable était le droit international des droits de l'homme, qui concerne les droits des êtres humains, en aucun cas ceux des Etats. Le cas d'espèce témoigne du processus historique d'*humanisation* du droit international actuellement en cours, processus rassurant que je n'ai de cesse de mettre en exergue et de défendre depuis les années 1990[68], et le présent arrêt sur les réparations vient encore clarifier cet aspect.

---

[66] *Rapport de la Commission du droit international, 53e session* (2001), New York, Nations Unies, 2001, p. 230.

[67] *Ibid.*, p. 231.

[68] Voir, en ce sens, l'exposé des opinions individuelles que j'ai précédemment jointes (de 1998 à 2003) à des arrêts et avis rendus par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à savoir: CIADH, affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, arrêt du 4 septembre 1998 (exceptions préliminaires), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 6-7; CIADH, *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure régulière*, avis consultatif n° 16 du 1er octobre 1999, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 34-35; CIADH, affaire des *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine*, résolution du 18 août 2000 (mesures conservatoires), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 12; CIADH, *Condition juridique et droits humains de l'enfant*, avis consultatif n° 17 du 28 août 2002, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 66-67 et 71; CIADH, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003, opinion

49. This is the situation, how it stands, in the present *Diallo* case, resolved by the ICJ on the basis of the applicable treaties on the protection of the rights of the human person. In other and entirely distinct situations (e.g., in territorial and boundary matters, in the regulation of spaces, in diplomatic relations, among others) damage may be found to have been done to the State. And in yet other circumstances (e.g., in situations of armed conflicts), damage may be found to have been done to *both* the State and the human person. This is what happened, e.g., in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda) (Judgment, I.C.J. Reports 2005)*, wherein the Court, in recalling that a State responsible for international wrongful acts is under the obligation to make full reparations for the injury caused by those acts, added that, in the *cas d'espèce*, those acts resulted in injury done to the Democratic Republic of the Congo "and to persons on its territory" (*ibid.*, p. 257, para. 259)[69]. Circumstances vary from case to case; but at least they leave it clear that a strict inter-State approach to the State's compliance with the duty to provide reparation, irrespective of such circumstances, appears anachronistic and unsustainable.

3. The Distinct Forms of Reparation

50. It has been in the domain of international human rights protection that reparations have been reckoned as comprising, in the light of the general principle of *neminem laedere*, the *restitutio in integrum* (re-establishment of the prior situation of the victim, whenever possible), in addition to the indemnizations, the rehabilitation, the satisfaction, and the guarantee of non-repetition of the acts or omissions in violation of human rights. The duty of reparation, corresponding to a general principle, has found judicial recognition *(supra)*, and support in legal doctrine[70]. The duty of reparation for damages stands as the indispensable

---

paras. 27-28; there follow successive references to, and assertions of, the *humanization* of international law, in my other individual opinions in the IACtHR, also from 2004 to 2008. For earlier writings, likewise followed by subsequent ones to the same effect, cf., *inter alia*, A. A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999), pp. 425-434; A. A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brazil (2001), pp. 11-23.

[69] And cf. also *I.C.J Reports 2005*, p. 278-279, paras. 342 and 344.

[70] Cf., *inter alia*, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1994 (reprint), p. 233; J. A. Pastor Ridruejo, *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya — Sistematización y Comentarios*, Madrid, Edit. Rialp, 1962, p. 429; H. Wassgren, "Some Reflections on *Restitutio in Integrum* Especially in the Practice of the European Court of Human Rights", 6 *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki (1995), pp. 575-595.

49. Telle est la situation en la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que la Cour a résolue sur la base des traités relatifs aux droits de la personne humaine applicables. Dans d'autres situations totalement différentes (par exemple, dans des affaires territoriales ou frontalières, ou en matière de réglementation des espaces ou de relations diplomatiques), il peut être déclaré que le dommage a été causé à l'Etat et, dans d'autres situations encore (par exemple, en cas de conflit armé), qu'il a été causé *à la fois* à l'Etat et à la personne humaine. C'est ce qui s'est produit, par exemple, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) (arrêt, C.I.J. Recueil 2005)*, dans laquelle la Cour, en rappelant qu'un Etat responsable de faits internationalement illicites avait l'obligation de réparer en totalité le préjudice causé par ces faits, a ajouté que, en l'espèce, ces faits avaient entraîné un préjudice pour la République démocratique du Congo, «ainsi que pour des personnes présentes sur son territoire» (*ibid.*, p. 257, par. 259)[69]. Les circonstances varient d'une affaire à une autre, mais il est en tout cas évident qu'une conception strictement interétatique de l'obligation de réparation mise à la charge de l'Etat, quelles que soient ces circonstances, semble aussi anachronique qu'indéfendable.

3. Les différentes formes de réparation

50. C'est dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme qu'on en est venu à considérer, à la lumière du principe général *neminem laedere*, que les réparations comprenaient la *restitutio in integrum* (rétablissement, en tant que possible, de la victime dans la situation antérieure à la violation), en sus de l'indemnisation, la réhabilitation, la satisfaction et la garantie de non-répétition des actes ou omissions constitutifs de violations des droits de l'homme. Le devoir de réparation a, en tant que principe général, été reconnu par les juridictions internationales *(supra)* et soutenu par la doctrine[70]. Le devoir de réparation des dommages est le pen-

individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 27-28; par la suite (de 2004 à 2008), j'ai encore évoqué et affirmé à plusieurs reprises, devant cette même juridiction, l'*humanisation* du droit international dans l'exposé d'autres opinions individuelles. Pour des écrits antérieurs suivis d'autres écrits dans le même sens, voir notamment A. A. Cançado Trindade, «A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6/7 (1998-1999), p. 425-434; A. A. Cançado Trindade, «La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brésil, nº 40 (2001), p. 11-23.

[69] Voir aussi *C.I.J. Recueil 2005*, p. 278-279, par. 342 et 344.

[70] Voir notamment Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1994 (réimpr.), p. 233; J. A. Pastor Ridruejo, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya — Sistematización y comentarios*, Madrid, Edit. Rialp, 1962, p. 429; H. Wassgren, «Some Reflections on *Restitutio in Integrum* Especially in the Practice of the European Court of Human Rights», *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, nº 6 (1995), p. 575-595.

complement of the breach of a conventional obligation of respect for human rights [71].

51. Contemporary doctrine has identified the aforementioned distinct *forms* of reparation *from the perspective of the victims*, of their claims, needs and aspirations. By the *restitutio in integrum* one seeks the re-establishment — whenever possible [72] — of the *statu quo ante*. The *rehabilitation* comprises all the measures — medical, psychological, juridical and others — to be taken to re-establish the dignity of the victims. The *indemnizations*, often and unduly confused with the reparation, of which they are but one of the forms, comprise the pecuniary sum owed to the victims for the damages (material [73] and moral or immaterial [74]) suffered. The *satisfaction* is linked to the purported aim to cease the effects of the violations, and the *guarantee of non-repetition* (of the breaches) discloses a preventive dimension.

52. Juridical concepts, while encompassing values, are a product of their time, and as such are not unchangeable. The juridical categories crystallized in time and which came to be utilized — in a context distinct from the ambit of the international law of human rights — to govern the determination of reparations were strongly marked by analogies with solutions of private law, and, in particular, of civil law *(droit civil)*, in the ambit of national legal systems: such is the case, e.g., of the concepts of material damage and moral or immaterial damage, and of the elements of *damnum emergens* and *lucrum cessans*. Such concepts have been strongly determined by a patrimonial content and interest — which is explained by their origin — marginalizing what is most important in the human person, namely, her condition of spiritual being [75].

53. The pure and simple transposition of such concepts onto the international level was bound to generate uncertainties and discussion. The criteria of determination of reparations, of an essentially patrimonial content (ensuing from civil law analogies), does not appear to me entirely adequate or sufficient when transposed into the domain of the international law of human rights, endowed with a specificity of its own. It is not surprising that, as from the early 1990s, the matter began to be reassessed

---

[71] Cf., *inter alia*, P. Reuter, "Principes de droit international public", 103 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 103, 1961, pp. 585-586; R. Wolfrum, "Reparation for Internationally Wrongful Acts", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Vol. 10, Amsterdam, North Holland, 1987, pp. 352-353.

[72] In case of violation of the right to life, for example, restitution becomes impossible.

[73] Not seldom, in relation to this point, in practice, reference is made to *damnum emergens* and *lucrum cessans*.

[74] Which, in most cases, is determined by a judgment of equity.

[75] This is disclosed by the fact that even the moral damage itself is commonly regarded, in the classical conception, as amounting to the so-called "non-patrimonial damage". The point of reference still keeps on being the patrimony.

dant indispensable de la violation d'une obligation conventionnelle de respecter les droits de l'homme[71].

51. La doctrine contemporaine a dégagé les *formes* de réparation mentionnées ci-dessus *du point de vue des victimes*, de leurs demandes, de leurs besoins et de leurs aspirations. Par la *restitutio in integrum*, on cherche à rétablir — en tant que possible[72] — le *statu quo ante*. La *réhabilitation* comprend toutes les mesures — médicales, psychologiques, juridiques et autres — à prendre pour rétablir la dignité des victimes. L'*indemnisation* — qu'on confond souvent, à tort, avec la réparation, dont elle ne constitue que l'une des formes — est une somme d'argent due aux victimes pour les dommages (matériels[73] et moraux ou immatériels[74]) qu'elles ont subis. La *satisfaction* répond à l'objectif visant à faire cesser les effets des violations, et la *garantie de non-répétition* (des violations) a une dimension préventive.

52. Les notions juridiques sont chargées de valeurs, mais elles sont également le produit de leur époque et, à ce titre, elles ne sont pas immuables. Les catégories juridiques qui se sont cristallisées au fil du temps, et auxquelles on a eu recours — dans un contexte distinct de celui du droit international des droits de l'homme — pour établir le régime de la détermination des réparations, se sont largement constituées par analogie avec les solutions du droit privé, et du droit civil en particulier, qui relève de la sphère juridique nationale. Tel est, par exemple, le cas des notions de dommage matériel et de dommage moral ou immatériel, ainsi que des éléments constitutifs du dommage que sont le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Ces notions ont une forte teneur patrimoniale et répondent à un intérêt également très axé sur l'aspect patrimonial — qui s'explique par leur origine —, ce qui marginalise ce que la personne humaine a de plus important, à savoir sa condition d'être spirituel[75].

53. La transposition pure et simple de telles notions au niveau international ne pouvait que générer incertitudes et débats. Les critères qui régissent la détermination des réparations, établis dans une perspective essentiellement patrimoniale (découlant d'analogies avec le droit civil), ne me semblent pas totalement adéquats ou suffisants lorsqu'on les transpose dans le domaine du droit international des droits de l'homme, qui a sa propre spécificité. Il n'est pas surprenant que, dès le début des années 1990, la question ait com-

[71] Voir notamment P. Reuter, «Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 103 (1961), p. 585-586; R. Wolfrum, «Reparation for Internationally Wrongful Acts», *Encyclopedia of Public International Law* (dir. publ., R. Bernhardt), Amsterdam, Hollande-Septentrionale, vol. 10 (1987), p. 352-353.

[72] En cas de violation du droit à la vie, par exemple, la restitution est impossible.

[73] A cet égard, il est en pratique souvent fait référence au *damnum emergens* et au *lucrum cessans*.

[74] Que les juridictions déterminent, dans la plupart des cas, en statuant en équité.

[75] En témoigne le fait que même le dommage moral est lui aussi généralement considéré, dans son acception classique, comme équivalant au «dommage immatériel». Le point de référence demeure l'aspect matériel.

in the realm of this latter, at the United Nations[76], well before the endorsement by the UN General Assembly in 2005 of the "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law"[77], elaborated and adopted by the [former] UN Commission on Human Rights[78] (cf. *infra*).

54. The important point here to retain is that, in the ambit of the international law of human rights, the *forms* of reparation (*restitutio in integrum*, indemnizations, rehabilitation, satisfaction, guarantee of non-repetition) are to be necessarily approached *as from the perspective of the victims themselves*, keeping in mind their claims, their needs and aspirations. Reparations for human rights breaches are, in fact, directly and ineluctably linked to the condition of the victims and their next of kin, who occupy in it a central position herein. Reparations are to be constantly reassessed as from the perspective of the integrality of the personality of the victims themselves, bearing in mind the fulfilment of their aspirations as human beings and the restoration of their dignity[79].

55. It is crystal clear that the aforementioned 2005 UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparations is also ineluctably *victim-oriented*: it rightly pursues a victim-centred approach, envisaging the right to reparation as a right of the individuals victimized, entailing the corresponding duty to have justice done to the individuals victimized, what becomes fundamentally important in cases of grave breaches of their rights[80]. Under certain circumstances, next of kin or dependants of the direct victims may also

---

[76] Cf. Th. van Boven (special rapporteur), *Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms — Final Report*, UN/Commission on Human Rights, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, of 2 July 1993, pp. 1-65; and cf. also: [Various Authors], *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Proceedings of the Seminar of Maastricht of 1992), Maastricht, SIM/Univ. Limburg, 1992, pp. 3-253. And cf., subsequently, M. C. Bassiouni (special rapporteur), *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms — Final Report*, doc. E/CN.4/2000/62, of 18 January 2000, pp. 1-11.

[77] UN General Assembly resolution 60/147, of 16 December 2005.

[78] By its resolution 2005/35, of 19 April 2005.

[79] It is significant that the IACtHR, in its judgment (of 27 November 1998) in the case of *Loayza Tamayo* v. *Peru*, has, besides the measures of reparation that it ordered, also rightly recognized the existence of a damage to the *project of life* (linked to satisfaction) of the victim, caused by her detention (in the circumstances in which it took place). Cf. IACtHR, case of *Loayza Tamayo* v. *Peru* (reparations), judgment (of 27 November 1998), Series C, No. 42, paras. 83-192, and joint separate opinion of Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu Burelli, paras. 1-17.

[80] Cf. P. d'Argent, "Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des

mencé à être réexaminée dans le cadre de ce droit, à l'Organisation des Nations Unies[76], bien avant que l'Assemblée générale n'adopte, en 2005, les «principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire»[77], élaborés et adoptés par l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies[78] (voir *infra*).

54. Le point qu'il convient de retenir ici est que, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les *formes* de réparation (*restitutio in integrum*, indemnisation, réhabilitation, satisfaction et garantie de non-répétition) sont nécessairement abordées *du point de vue des victimes elles-mêmes*, en gardant à l'esprit leurs demandes, leurs besoins et leurs aspirations. En fait, la détermination des mesures de réparation dues à raison de violations des droits de l'homme est directement et inéluctablement liée à la condition des victimes et de leurs proches, qui sont au cœur de ce processus. Ces mesures doivent en outre constamment être revues en fonction de la personnalité des victimes dans son intégralité, en ayant à l'esprit la réalisation de leurs aspirations d'être humain et le rétablissement de leur dignité[79].

55. Il ne fait aucun doute que les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation susmentionnés, que l'Organisation des Nations Unies a adoptés en 2005, sont également inéluctablement *axés sur la victime*: ils s'inscrivent à juste titre dans une démarche centrée sur la victime, dans laquelle le droit à réparation est envisagé comme un droit des individus victimes, qui donne lieu au devoir correspondant de rendre justice à ceux-ci, ce qui constitue un point capital en cas de violations graves de leurs droits[80]. Dans certaines circonstances, les

---

[76] Voir Th. van Boven (rapporteur spécial), *Etude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales — Rapport final*, Commission des droits de l'homme, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 du 2 juillet 1993, p. 1-71; et voir aussi [divers auteurs], *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms* (compte rendu du séminaire qui s'est tenu à Maastricht en 1992), Maastricht, SIM/Université du Limbourg, 1992, p. 3-253. Voir aussi ce document plus récent: M. C. Bassiouni (rapporteur spécial), *Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales — Rapport final*, doc. E/CN.4/2000/62 du 18 janvier 2000, p. 1-13.

[77] Résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies, en date du 16 décembre 2005.

[78] Par sa résolution 2005/35, en date du 19 avril 2005.

[79] Le fait que, dans l'arrêt qu'elle a rendu (le 27 novembre 1998) en l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*, la CIADH ait, en plus des mesures de réparation qu'elle a ordonnées, également reconnu, à juste titre, l'existence d'une atteinte au *projet de vie* (liée à la satisfaction) de la victime, résultant des conditions dans lesquelles celle-ci a été détenue, est significatif. Voir CIADH, affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*, arrêt du 27 novembre 1998 (réparations), série C, n° 42, par. 83-192, et opinion individuelle commune de MM. les juges A. A. Cançado Trindade et A. Abreu Burelli, par. 1-17.

[80] Voir P. d'Argent, «Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation

be regarded as "victims", entitled to make use of the right of access to justice.

56. The 2005 UN Basic Principles and Guidelines, at last adopted on 16 December 2005, were preceded by a unique and innovative jurisprudential construction of the IACtHR on this subject-matter (in particular on the distinct forms of reparation), which took place largely in the years 1998-2004, and which has been attracting growing attention of expert writing in recent years[81] (cf. *infra*). It can safely be stated that, in some respects, that jurisprudential construction of the IACtHR has, in its conceptualization, for the purposes of reparation, gone further than the 2005 UN Basic Principles and Guidelines, in fostering the expansion of the notion of victim, by encompassing as such the next of kin, also regarded as "direct victims" in their own right (given their intense suffering), without conditionalities (such as that of accordance with domestic law), in individualized as well as collective cases[82].

57. The centrality of the position of the victims, as *justiciables*, has implications for the approach to distinct forms of reparations. Let us take, as an example to illustrate this point, *satisfaction* as a form of reparation. Within the framework of strictly inter-State relations, satisfaction as a form of reparation has been met with criticism, given the susceptibilities surrounding the relations between States *inter se*[83]. However, in the framework of the relations between States and individuals under their

---

victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire", 51 *Annuaire français de droit international* (2005), pp. 34-35, 40, 43, 45 and 52.

[81] Cf., e.g., [Various Authors], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (eds. E. Lambert Abdelgawad and K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, pp. 17-334; M. Scalabrino, "Vittime e Risarcimento del Danno: L'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo", 22 *Comunicazioni e Studi*, Milan (2002), pp. 1013-1092; C. Sandoval-Villalba, "The Concepts of 'Injured Party' and 'Victim' of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on Their Implications for Reparations", *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (eds. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 243-282; K. Bonneau, "La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à reparation des victimes des violations des droits de l'homme", *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, pp. 347-382; I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 133-145; J. Schönsteiner, "Dissuasive Measures and the 'Society as a Whole': A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights", 23 *American University International Law Review* (2007), pp. 127-164.

[82] A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, Annex IV, pp. 313-340.

[83] Cf., e.g., B. Graefrath, "Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 185, 1984, pp. 84-87.

proches ou personnes à charge des victimes directes peuvent également être considérés comme des «victimes», habilitées à exercer le droit d'accès à la justice.

56. Les principes fondamentaux et directives de 2005, que l'Organisation des Nations Unies a enfin adoptés le 16 décembre 2005, s'inscrivent dans le sillage d'une jurisprudence unique et innovante de la CIADH sur cette question (en particulier les différentes formes de réparation), qui s'est constituée essentiellement dans les années 1998-2004, suscitant chez les commentateurs un intérêt qui n'a cessé de croître au cours des dernières années[81] (voir *infra*). On peut sans risque affirmer que, en matière de réparation, cette construction jurisprudentielle a, à certains égards, dépassé dans sa conceptualisation les principes fondamentaux et directives de 2005 de l'ONU, en élargissant la notion de victime à celle de proches, également considérés comme des «victimes directes», de plein droit (compte tenu des intenses souffrances subies) et sans réserve (telles les spécificités du droit interne), dans des affaires mettant en jeu des actions individuelles ou collectives[82].

57. La position centrale des victimes, en tant que *justiciables*, a des répercussions sur la manière d'envisager les différentes formes de réparation. Prenons, par exemple, le cas de la *satisfaction* pour illustrer ce point. Dans le cadre de relations strictement interétatiques, elle a suscité la critique, étant donné les susceptibilités qui sont en jeu dans les relations des Etats *inter se*[83]. Dans le cadre de relations entre des Etats et des individus relevant de leurs juridictions respectives, elle s'est au contraire avérée être

---

des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», *Annuaire français de droit international*, nº 51 (2005), p. 34-35, 40, 43, 45 et 52.

[81] Voir par exemple [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (dir. publ., E. Lambert Abdelgawad et K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 17-334; M. Scalabrino, «Vittime e Risarcimento del Danno: L'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo», *Comunicazioni e Studi*, Milan, nº 22 (2002), p. 1013-1092; C. Sandoval-Villalba, «The Concepts of «Injured Party» and «Victim» of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on Their Implications for Reparations», *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (dir. publ., C. Ferstman, M. Goetz et A. Stephens), Leyde, Nijhoff, 2009, p. 243-282; K. Bonneau, «La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparation des victimes des violations des droits de l'homme», *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (dir. publ., L. Hennebel et H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, p. 347-382; I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leyde, Nijhoff, 2004, p. 133-145; J. Schönsteiner, «Dissuasive Measures and the «Society as a Whole»: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights», *American University International Law Review*, nº 23 (2007), p. 127-164.

[82] A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2011, annexe IV, p. 313-340.

[83] Voir par exemple B. Graefrath, «Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 185 (1984), p. 84-87.

respective jurisdictions, satisfaction has proven to be a very appropriate form of reparation, and a particularly important one for the human beings, victims of breaches of their rights by the States at issue.

58. The reassuring centrality of the victims in human rights protection (an imperative of justice) has other implications as well, beyond the realm of reparations. It is not my intention to dwell upon them, as they lie beyond the scope of the present separate opinion. I shall limit myself to observing that the victims' central position has helped to awaken conscience as to their importance, and the corresponding need of honouring them, the victims. In our times, over the last decades, attention is at last turning from the past praises of the deeds of national heroes (including military and war heroes, conquerors and the like), to the memory of the silent victims, to the need to honour their suffering in enduring the violations of their fundamental rights, and to avoid dropping their suffering into oblivion[84].

59. In my dissenting opinion in the case on the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 267-268, paras. 247-249), I have referred to endeavours, throughout the last decade, to secure reparations also to individuals, in the realm of international humanitarian law (e.g., the 2000 legal regime of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission, the 2004 Report of the UN International Commission of Inquiry on Darfur, the 2010 Draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues) of the International Law Association's International Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict. There appears thus to be an ever-growing awareness nowadays of the individual victims' right to reparation, not only in the domain of the international law of human rights, but encompassing also the realm of international humanitarian law.

VII. The Contribution of the Case Law of the International Human Rights Tribunals (IACtHR and ECHR)

1. The Relevance of Their Case Law on Reparations Due to the Victims

60. In the light of all the aforesaid, the contribution of the case law of the international human rights tribunals (the IACtHR and the ECHR) is

[84] Cf., e.g., [Various Authors], *Commémorer les victimes en Europe — XVI^e^-XXI^e^ siècles* (eds. D. El Kenz and F.-X. Nérard), Champ Vallon, 2011, pp. 10, 18, 25, 65, 144, 262 and 328-330.

une forme de réparation très appropriée, particulièrement importante pour les êtres humains dont les droits avaient été violés par les Etats en cause.

58. La rassurante position centrale des victimes en matière de protection des droits de l'homme (qui répond à un impératif de justice) a également des conséquences au-delà du domaine des réparations. Je ne m'y attarderai pas, car elles ne relèvent pas de l'objet de la présente opinion individuelle. Je me bornerai à faire observer que la position centrale des victimes a contribué à éveiller les consciences quant à l'importance de celles-ci et à la nécessité corrélative de les honorer. De nos jours, au cours des dernières décennies, l'attention se détourne enfin des exploits des héros nationaux (notamment des militaires, héros de guerre, conquérants et autres personnages du même acabit) tant loués par le passé pour se porter sur la mémoire des victimes silencieuses et la nécessité d'honorer les souffrances qu'elles ont endurées du fait de la violation de leurs droits fondamentaux, et d'éviter ainsi que ces souffrances ne tombent dans l'oubli[84].

59. Dans l'exposé de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'arrêt en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 267-268, par. 247-249), j'ai évoqué les efforts déployés ces dernières décennies, dans le cadre du droit international humanitaire, pour obtenir des réparations également pour les individus (par exemple, le régime juridique de la commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie établi en 2000, le rapport établi en 2004 par la commission internationale d'enquête pour le Darfour instaurée par l'Organisation des Nations Unies, le projet de déclaration de principes de droit international sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé (questions de fond) adopté en 2010 par le comité international sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé de l'Association de droit international). L'époque actuelle semble donc marquée par une prise de conscience croissante du droit à réparation des victimes individuelles, non seulement dans le domaine du droit international des droits de l'homme, mais également dans celui du droit international humanitaire.

VII. La contribution de la jurisprudence des juridictions internationales garantes des droits de l'homme (CIADH et CEDH)

1. La pertinence de leur jurisprudence en matière de réparation due aux victimes

60. Eu égard aux développements qui précèdent, la contribution de la jurisprudence des juridictions internationales garantes des droits de

[84] Voir par exemple [divers auteurs], *Commémorer les victimes en Europe — XVI^e-XXI^e siècles* (dir. publ., D. El Kenz et F.-X. Nérard), Champ Vallon, 2011, p. 10, 18, 25, 65, 144, 262 et 328-330.

noteworthy, and deserves particular attention for the consideration of the matter of the reparations due to victims of human rights violations. The growing case law of the IACtHR and the ECHR in recent years, on reparations to the victims of human rights violations, has contributed to shift attention to the victims, human beings (and not States), disclosing the centrality of their position in the present domain of protection (cf. *infra*). In this respect, the present *Diallo* case is a landmark in the evolving case law of the ICJ itself, as this latter has, for the first time in its history, established violations of rights enshrined into human rights treaties. The victim, the subject of rights and *titulaire* of the right to reparations, is a human being (and not a State), Mr. A. S. Diallo.

61. To him, and not to his State of origin or of nationality, reparations are due, pursuant to the human rights treaties at issue (the UN Covenant on Civil and Political Rights, and the African Charter on Human and Peoples' Rights). In determining those reparations, it is only too natural that the ICJ takes into due account the case law of the two human rights courts, in construction for many years, and which has further been invoked by the contending Parties themselves in the course of the present proceedings before this Court, namely, the Inter-American and the European Courts of Human Rights.

62. This is most reassuring, given the common mission of contemporary international tribunals of securing the *realization of justice*. Both the IACtHR and the ECHR have built a pioneering case law on the *condition of the victims* for purposes of reparation. The IACtHR has, moreover, much contributed to the evolution of the international law of human rights itself with its creative jurisprudential construction of the distinct *forms of reparation* (cf. *infra*). To the recently-established African Court on Human and Peoples' Rights a similar role is reserved[85], in the years to come.

63. In the first meeting ever, which brought together members and special guests of the three contemporary Human Rights Courts (held at the *Palais des Droits de l'Homme* in Strasbourg, on 8-9 December 2008, on the occasion of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights)[86], one of the topics more extensively discussed, as I well

[85] In this respect, reference can be made to the practice, on reparations, of the African Commission on Human and Peoples' Rights; cf., *inter alia*, e.g., G. J. Naldi, "Reparations in the Practice of the African Commission on Human and Peoples' Rights", 14 *Leiden Journal of International Law* (2001), pp. 681-693.

[86] For accounts of the meeting, cf. A. A. Cançado Trindade, "Vers un droit international universel: la première réunion des trois cours régionales des droits de l'homme", XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (2009), Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 2010, pp. 103-125; Ph. Weckel, "La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme", 113 *Revue générale de droit international public* (2009), pp. 5-17.

l'homme (la CIADH et la CEDH) est remarquable et mérite qu'on lui prête une attention toute particulière lorsqu'on examine la question des réparations dues aux victimes de violations des droits de l'homme. La jurisprudence de la CIADH et de la CEDH en matière de réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme, de plus en plus abondante ces dernières années, a contribué à faire basculer l'attention vers les victimes, les êtres humains (et non plus les Etats), en leur accordant une position centrale dans ce domaine de protection (voir *infra*). A cet égard, la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* fera date dans l'évolution de la jurisprudence de la CIJ elle-même, car celle-ci a, pour la première fois, établi l'existence de violations de droits garantis par des traités relatifs aux droits de l'homme. La victime, le sujet des droits et le *titulaire* du droit à réparation, est un être humain (et non un Etat), M. Ahmadou Sadio Diallo.

61. C'est à lui, et non à l'Etat dont il est originaire ou ressortissant, que des réparations sont dues en application des traités relatifs aux droits de l'homme qui sont en cause (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Organisation des Nations Unies, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples). Pour déterminer ces réparations, il est tout à fait naturel que la CIJ tienne dûment compte de la jurisprudence établie au fil de nombreuses années par les deux juridictions garantes des droits de l'homme, à savoir les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme, jurisprudence qui a de surcroît été invoquée par les Parties elles-mêmes dans le cadre de la présente procédure.

62. Cette évolution est très rassurante, au regard de la mission que partagent les juridictions internationales contemporaines de veiller à ce que *justice soit faite*. La CIADH et la CEDH ont toutes deux élaboré une jurisprudence innovante sur la *condition des victimes* aux fins de réparation. Avec sa construction jurisprudentielle créative touchant aux différentes *formes de réparation* (voir *infra*), la CIADH a en outre fortement contribué à faire évoluer le droit international des droits de l'homme lui-même. Un rôle similaire est réservé[85], dans les années à venir, à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, récemment créée.

63. Dans la toute première réunion rassemblant les membres des trois cours des droits de l'homme actuelles ainsi que leurs invités spéciaux (qui s'est tenue au palais des Droits de l'homme à Strasbourg, les 8 et 9 décembre 2008, à l'occasion de la commémoration du soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme)[86],

[85] A cet égard, on peut se reporter à la pratique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en matière de réparation ; voir notamment G. J. Naldi, « Reparations in the Practice of the African Commission on Human and Peoples' Rights », *Leiden Journal of International Law*, n° 14 (2001), p. 681-693.

[86] Pour un compte rendu de la réunion, voir A. A. Cançado Trindade, « Vers un droit international universel : la première réunion des trois cours régionales des droits de l'homme », *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, n° XXXVI, 2009, Washington, D.C., secrétariat général de l'OEA, 2010, p. 103-125 ; Ph. Weckel, « La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Revue générale de droit international public*, n° 113 (2009), p. 5-17.

recall, was precisely the experience accumulated by the IACtHR and the ECHR in the matter of reparations to victims of human rights violations, and the role reserved, from now onwards, to the three co-existing international human rights tribunals in the ongoing evolution of the international case law on the matter.

64. Other contemporary international tribunals have much to benefit from the experience gathered in this specific domain, in being attentive to it and taking it into due account. Parallel to this development, in the last two decades there have been endeavours to construct the practice of reparations also in the ambit of international humanitarian law[87]. Attention has thereby been turned, for the purposes of protection, to the *condition of the victims*, human beings, to the actual situation wherein they find themselves. The human person has thus gradually recovered the central place reserved to it in the contemporary international legal order, in the new *jus gentium* of our times. The growing jurisprudence on reparations for human rights violations bears witness of that.

2. The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights

65. Reference has already been made to the unique and innovative jurisprudential construction of the IACtHR in the matter of reparations due to the victims of human rights violations (para. 56, *supra*). It has not passed unperceived in expert writing that the IACtHR has relied on the greater precision of the terms of Article 63 (1) of the American Convention on Human Rights[88] to construct its innovative and progressive case law on the matter[89]. To start with, the IACtHR has singled out the role of considerations of equity in setting forth the amounts of reparations due to individual victims, even in the absence of sufficient evidence (even more forcefully in certain cases where respondent States withheld their virtual monopoly of evidence).

66. Thus, for example, in the case of *El Caracazo* v. *Venezuela* (reparations, judgment of 29 August 2002), the IACtHR proceeded to the determination of compensation on the basis of equity, taking into account the suffering and "the alterations in the conditions of existence" of the victims and their next of kin (paras. 99-100). In the case of *Cantoral Benavides* v. *Peru* (reparations, judgment of 3 December 2001), the IACtHR

[87] Recent examples of the recognition of the right of individual reparation also in the domain of international humanitarian law, are provided in my dissenting opinion in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 267-269, paras. 247-250.

[88] Cf. note 93, *infra*.

[89] Cf., to this effect, *inter alia*, e.g., G. Cohen-Jonathan, "Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", *La responsabilité dans le système international* (Société française pour le droit international, colloque du Mans), Paris, Pedone, 1991, pp. 114 and 116.

l'un des sujets les plus abondamment débattus a — je m'en souviens bien — précisément été l'expérience accumulée par la CIADH et la CEDH en matière de réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme, et le rôle qui incombait dorénavant aux trois juridictions internationales coexistantes dans la poursuite de l'évolution de la jurisprudence internationale en la matière.

64. Les autres juridictions internationales contemporaines ont fort à gagner à s'intéresser à l'expérience acquise dans ce domaine spécifique et à en tenir dûment compte. Parallèlement à cette évolution, des efforts ont été déployés ces deux dernières décennies pour instaurer une pratique en matière de réparation également dans le domaine du droit international humanitaire[87]. L'attention s'est ainsi tournée vers la *condition des victimes*, des êtres humains, vers la situation dans laquelle elles se trouvent effectivement, et ce afin de les protéger. La personne humaine a ainsi progressivement retrouvé la place centrale qui lui était réservée dans l'ordre juridique international contemporain, dans le nouveau *jus gentium* de notre époque. L'abondance croissante de la jurisprudence relative à la réparation due à raison de violations des droits de l'homme en témoigne.

2. La contribution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

65. J'ai déjà évoqué la jurisprudence unique et innovante de la CIADH en matière de réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme (par. 56, *supra*). Il n'a pas échappé aux commentateurs que la CIADH s'est appuyée sur le libellé plus précis du paragraphe 1 de l'article 63 de la convention américaine relative aux droits de l'homme[88] pour établir sa jurisprudence novatrice et progressiste en la matière[89]. Elle a commencé par mettre en évidence le rôle des considérations d'équité dans la détermination du montant des réparations dû aux victimes individuelles, même en l'absence d'éléments de preuve suffisants (et ce avec encore plus de vigueur dans les affaires dans lesquelles l'Etat défendeur refusait de communiquer ces éléments, dont il avait pratiquement le monopole).

66. Ainsi, dans l'affaire *El Caracazo c. Venezuela* (arrêt du 29 août 2002 (réparations)), la CIADH a statué en équité pour déterminer le montant de l'indemnisation, en tenant compte de la souffrance et de «la dégradation des conditions d'existence» des victimes et de leurs proches (par. 99-100). Dans l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (arrêt du 3 décembre 2001 (réparations)), elle a également statué en équité (par. 80

[87] Des exemples récents de reconnaissance du droit à réparation individuel également dans le domaine du droit international humanitaire sont cités dans l'exposé de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, *arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 267-269, par. 247-250.

[88] Voir note 93 *infra*.

[89] Voir en ce sens, notamment, G. Cohen-Jonathan, «Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», *La responsabilité dans le système international* (Société française pour le droit international, colloque du Mans), Paris, Pedone, 1991, p. 114 et 116.

also decided on the basis of equity (paras. 80 and 87). In my separate opinion in the case of *Cantoral Benavides* v. *Peru*, I pondered *inter alia* that

> "In the present judgment, the Inter-American Court extended the protection of the law to the victim in the *cas d'espèce*, in establishing, *inter alia*, the State's duty to provide him with the means to undertake and conclude his university studies in a centre of recognized academic quality. This is, in my understanding, a form of providing reparation for the damage to his project of life, conducive to the *rehabilitation* of the victim. The emphasis given by the Court to his *formation*, to his *education*, places this form of reparation (from the Latin *reparatio*, derived from *reparare*, 'to prepare or to dispose again') in an adequate perspective, from the angle of the integrality of the personality of the victim, bearing in mind his self-accomplishment as a human being and the reconstruction of his project of life." (Para. 10.)

67. In effect, the IACtHR has ordered a wide range of forms of reparation (*restitutio in integrum*, compensation, victim satisfaction, victim rehabilitation, acts of public apology, guarantees of non-repetition of human rights breaches), unparalleled in the case law of other contemporary international tribunals. In the recent cycle of cases of massacres[90] adjudicated by the IACtHR (cf., *inter alia*, e.g., *Aloeboetoe and Others* v. *Suriname* case, reparations, judgment of 10 September 1993; case of the *Massacre of Plan de Sánchez* v. *Guatemala*, reparations, judgment of 19 November 2004; case of the *Moiwana Community* v. *Suriname*, judgment of 15 June 2005; case of the *Massacres of Ituango* v. *Colombia*, judgment of 1 July 2006), the reparations ordered by the IACtHR have included health, housing, education and human development initiatives. In a distinct context, such measures of reparations were also ordered by the IACtHR in the paradigmatic case of the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* v. *Nicaragua* (judgment of 31 August 2001), concerning the communal property of the members of an indigenous community. The IACtHR thereby indicated, in such cases, that the rehabilitation of victims (cf. *infra*) may also have a collective dimension, when it concerns the members of a given community.

68. In the leading case of the *"Street Children" (Villagrán Morales and Others)* v. *Guatemala* (reparations, judgment of 26 May 2001), the Court deemed it fit to warn that the obligation to make reparation is regulated, in all aspects (scope, nature, forms and determination of the beneficiaries) by international law; the respondent State "may not invoke provisions of its domestic law in order to modify or fail to comply" with that obligation (para. 61). The IACtHR has reiterated this warning in successive cases, e.g., its judgments on the cases of *Bulacio* v. *Argentina* (18 September

[90] For a recent study, cf. A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10 November 2011), Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

87). Dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt ndu en cette affaire, j'ai notamment fait part de la réflexion ivante :

« Dans le présent arrêt, la Cour interaméricaine a étendu la protection du droit à la victime en l'espèce, en établissant notamment que l'Etat avait le devoir de lui fournir les moyens d'entreprendre ses études universitaires dans un établissement dispensant un enseignement de qualité reconnue, et ce, jusqu'à leur terme. A mon sens, cela constitue une forme de réparation de l'atteinte portée au projet de vie de la victime, de nature à conduire à sa *réhabilitation*. Le fait que la Cour ait insisté sur la *formation* et l'*éducation* de la victime place cette forme de réparation (du latin *reparatio*) dans la bonne perspective, celle de l'intégralité de la personnalité de la victime, dans laquelle son accomplissement personnel en tant qu'être humain et la reconstruction de son projet de vie ne sont pas perdus de vue. » (Par. 10.)

67. De fait, la CIADH a ordonné de multiples formes de réparation (*restitutio in integrum*, indemnisation, satisfaction de la victime, réhabilitation le la victime, excuses publiques, garanties de non-répétition des violations les droits de l'homme), inédites dans la jurisprudence des autres juridictions internationales contemporaines. Dans le cycle d'affaires relatives à des massacres[90] sur lesquelles la CIADH s'est récemment prononcée (voir notamment affaire *Aloeboetoe et autres c. Suriname*, arrêt du 10 septembre 1993 (réparations) ; affaire du *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, arrêt du 19 novembre 2004 (réparations) ; affaire de la *Communauté Moiwana c. Suriname*, arrêt du 15 juin 2005 ; affaire des *Massacres d'Ituango c. Colombie*, arrêt du 1er juillet 2006), elle a ordonné des réparations consistant en des mesures touchant à la santé, au logement, à l'éducation et au développement humain des victimes. Dans un autre contexte, celui de l'affaire emblématique de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (arrêt du 31 août 2001), qui concernait les biens communaux des membres d'une communauté indigène, elle a également ordonné de telles mesures de réparation, indiquant ainsi que, lorsqu'elle concerne les membres d'une communauté donnée, la réhabilitation des victimes (voir *infra*) peut également avoir une dimension collective.

68. Dans le précédent des *« Enfants des rues » (Villagrán Morales et autres c. Guatemala)* (arrêt du 26 mai 2001 (réparations)), la Cour a jugé opportun de signaler que l'obligation de réparer est, dans tous ses aspects (portée, nature, formes de réparation et détermination des bénéficiaires), régie par le droit international et que, dès lors, l'Etat défendeur « ne saurait invoquer les dispositions de son droit interne pour [en] modifier l'exécution ou ne pas l'exécuter » (par. 61). Elle a réitéré cet avertissement dans des affaires successives, par exemple *Bulacio c. Argentine* (arrêt du

[90] Pour une étude récente, voir A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres : Contemporary Advances in International Justice* (discours d'ouverture, 10 novembre 2011), Universiteit Utrecht, 2011, p. 1-71.

2003, para. 72), of *Las Palmeras* v. *Colombia* (reparations, 26 November 2002, para. 38), of *Hilaire, Constantine and Benjamin and Others* v. *Trinidad and Tobago* (21 June 2002, para. 203), of *Trujillo Oroza* v. *Bolivia* (reparations, 27 February 2002, para. 61), of *Bámaca Velásquez* v. *Guatemala* (reparations, 22 February 2002, para. 39), and, earlier on, of *Suárez Rosero* v. *Ecuador* (reparations, 20 January 1999, para. 42). This point forms today part of its *jurisprudence constante* on reparations.

69. Still as to the forms of reparation, the IACtHR has ordered, for example, acts to honour the memory of victims, as in its judgments in the cases of *Bámaca Velásquez* v. *Guatemala* (of 22 February 2002, reparations), of *Myrna Mack Chang* v. *Guatemala* (25 November 2003), of the *Moiwana Community* v. *Suriname* (of 15 June 2005), of *Trujillo Oroza* v. *Bolivia* (of 27 February 2002, reparations), of the *Massacre of Plan de Sánchez* v. *Guatemala* (of 19 November 2004, reparations). In this last and dramatic case, those acts were to be accompanied (as they in fact were) by social programmes (rehabilitation) for the members of the affected community.

70. Furthermore, the IACtHR has also ordered, e.g., the public dissemination of the Court's decisions and/or of the result of the ordered investigations. It has done so in its judgments in the aforementioned cases of *Bulacio*, of *Bámaca Velásquez*, of *El Caracazo*, as well as in the cases of *Barrios Altos* v. *Peru* (14 March 2001), and of the *Juvenile Reeducation Institute* v. *Paraguay* (2 September 2004). Moreover, in its judgments in the aforementioned case of *Bámaca Velásquez* (merits, 25 November 2000, and reparations, 22 February 2002) as well as in that of *19 Merchants* v. *Colombia* (5 July 2004), the IACtHR dwelt upon the right to truth as a measure of reparation. In addition thereto, satisfaction as a form of reparation for damage to the victim's "project of life" was ordered by the IACtHR, in its judgments both in the aforementioned case of *Cantoral Benavides*, and in the case of *Loayza Tamayo* v. *Peru* (reparations, 27 November 1998). Last but not least, the guarantee of non-repetition of human rights breaches was ordered by the IACtHR in, *inter alia*, e.g., its judgments in the aforementioned case *Bulacio*, as well as in that of *Castillo Páez* v. *Peru* (reparations, 27 November 1998).

3. The Contribution of the European Court of Human Rights

71. Like the IACtHR *(supra)*, the ECHR has also pointed out the role of considerations of equity in the determination of the amounts of reparations due. Thus, for example, in the case of *Lupsa* v. *Romania* (judgment of 8 June 2006), the ECHR found that "deporting the applicant did objectively disrupt the management of his business", and that "the consequences of that disruption cannot be precisely quantified" (para. 70); it then ordered a sum on an equitable basis, to cover all heads of damage (para. 72, and cf. paras. 73-77). In the case *Assanidze* v. *Georgia* (judgment of 8 April 2004), concerning arbitrary detention, the ECHR ruled like-

18 septembre 2003, par. 72), *Las Palmeras c. Colombie* (arrêt du 26 novembre 2002 (réparations), par. 38), *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (arrêt du 21 juin 2002, par. 203), *Trujillo Oroza c. Bolivie* (arrêt du 27 février 2002 (réparations), par. 61), *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt du 22 février 2002 (réparations), par. 39) et, auparavant, *Suárez Rosero c. Equateur* (arrêt du 20 janvier 1999 (réparations), par. 42). Ce point fait désormais partie de sa jurisprudence constante en matière de réparation.

69. Toujours en ce qui concerne les formes de réparation, la CIADH a ordonné, par exemple, que des mesures soient prises pour honorer la mémoire des victimes, comme dans les affaires *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt du 22 février 2002 (réparations)), *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (arrêt du 25 novembre 2003), *Communauté Moiwana c. Suriname* (arrêt du 15 juin 2005), *Trujillo Oroza c. Bolivie* (arrêt du 27 février 2002 (réparations)) et du *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (arrêt du 19 novembre 2004 (réparations)). Dans cette dernière et dramatique affaire, ces mesures devaient être assorties de programmes de nature sociale (et de fait le furent) pour les membres de la population touchée (en vue de leur réhabilitation).

70. La CIADH a également ordonné, par exemple, la diffusion publique de ses arrêts ou du résultat des enquêtes qu'elle avait ordonnées. Tel a été le cas dans les affaires *Bulacio*, *Bámaca Velásquez* et *Caracazo* précitées, ainsi que dans les affaires *Barrios Altos c. Pérou* (arrêt du 14 mars 2001) et de l'*Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay* (arrêt du 2 septembre 2004). De plus, dans l'affaire *Bámaca Velásquez* (arrêts du 25 novembre 2000 (fond) et du 22 février 2002 (réparations)) précitée, ainsi que dans celle des *19 commerçants c. Colombie* (arrêt du 5 juillet 2004), elle a insisté sur le droit à la vérité en tant que mesure de réparation. Elle a de surcroît ordonné, dans l'affaire *Cantoral Benavides* précitée ainsi que dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou* (arrêt du 27 novembre 1998 (réparations)), des mesures tendant à la satisfaction de la victime en tant que forme de réparation de l'atteinte portée à son « projet de vie ». Enfin et surtout, elle a ordonné la garantie de non-répétition des violations des droits de l'homme, notamment dans l'affaire *Bulacio* précitée et dans l'affaire *Castillo Páez c. Pérou* (arrêt du 27 novembre 1998 (réparations)).

3. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme

71. Tout comme la CIADH *(supra)*, la CEDH a elle aussi souligné le rôle des considérations d'équité dans la détermination du montant des réparations dû aux victimes. Ainsi, dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie* (arrêt du 8 juin 2006), elle a déclaré que «l'expulsion du requérant a[vait] objectivement perturbé la gestion de son entreprise» et que «les conséquences [de ces perturbations] ne se prêt[ai]ent pas à un chiffrage exact» (par. 70), après quoi, statuant en équité, elle a ordonné que soit allouée une certaine somme au requérant pour l'ensemble des préjudices qu'il avait subis (par. 72 et par. 73-77). Dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie* (arrêt du

wise on an equitable basis (para. 201, and cf. paras. 204-207), and awarded a lump-sum amount for all heads of (material and immaterial) damage, without setting out the reasons that led it to the specified amount (para. 201).

72. In the same line of thinking, in the case of *Orhan* v. *Turkey* (judgment of 18 June 2002), the ECHR decided, at the "level of just satisfaction", on the basis of considerations of equity (paras. 431-434, and cf. paras. 423-424). It did the same in the case *Lustig-Prean and Beckett* v. *United Kingdom* (judgment of 25 July 2000), as compensation, on an "equitable basis", for "emotional and psychological" disturbances (paras. 12 and 23). And again in the case *Selçuk and Asker* v. *Turkey* (judgment of 24 April 1998), the ECHR likewise awarded reparations for damages on the basis of equitable considerations (paras. 109-112, and cf. para. 106). And once more, in the *Delta* v. *France* case (judgment of 19 December 1990), the ECHR took its decision, of award of compensation, on an "equitable basis" (para. 43).

73. Parallel to such considerations of equity, as for the awarding of reparations itself, the case law of the ECHR has, however, never been as proactive as that of its sister institution across the Atlantic, the IACtHR. It has not disclosed the same creativity, and has in general been particularly cautious, in generally starting from predetermined categories of pecuniary and non-pecuniary damages, at times conveying the impression that compensation would better be left for national courts to decide[91]. The distinct drafting of the respective provisions on reparations of the European and the American Conventions on Human Rights, furthermore, conveys the impression that the phraseology of Article 41 of the European Convention[92] did not ascribe to the ECHR as wide a horizon for the determination of reparations than the one ascribed by Article 63 (1) of the American Convention[93] to the IACtHR; in any case, this is at least what the ECHR seems to have understood to date. It is thus not surprising to find arguments as to the need for the ECHR "to revisit"

[91] Cf., *inter alia*, e.g., L. Wildhaber, "Reparations for Internationally Wrongful Acts of States — Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights", 3 *Baltic Yearbook of International Law* (2003), pp. 1-18.

[92] Article 41 (formerly Article 50) — on just satisfaction — of the European Convention states that: "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

[93] Article 63 (1) of the American Convention states that:

> "If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party."

8 avril 2004), qui concernait un cas de détention arbitraire, la CEDH, statuant également en équité (par. 201 et par. 204-207), a alloué au requérant un montant forfaitaire pour l'ensemble des préjudices subis (matériels et immatériels), sans exposer les raisons qui l'avaient conduite à ce montant précis (par. 201).

72. Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Orhan c. Turquie* (arrêt du 18 juin 2002), la CEDH a statué sur la base de considérations d'équité au «niveau de la satisfaction équitable» (par. 431-434, et voir par. 423-424). Elle a fait de même dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 juillet 2000), «statuant en équité» pour établir le montant de l'indemnisation allouée au titre des troubles «émotionnels et psychologiques» subis par les requérants (par. 12 et 23). Dans l'affaire *Selçuk et Asker c. Turquie* (arrêt du 24 avril 1998), elle s'est aussi appuyée sur des principes d'équité pour évaluer les montants à octroyer aux requérants au titre des dommages qu'ils avaient subis (par. 109-112, et voir par. 106). Et encore une fois, dans l'affaire *Delta c. France* (arrêt du 19 décembre 1990), elle a «statu[é] en équité» (par. 43) pour déterminer le montant de l'indemnité allouée au requérant.

73. Parallèlement à ces considérations d'équité, s'agissant de l'attribution même des réparations, la CEDH ne s'est cependant jamais montrée aussi audacieuse que son homologue d'outre-Atlantique, la CIADH. Elle n'a pas fait preuve d'autant de créativité, et s'est même généralement montrée particulièrement prudente, s'appuyant sur les catégories préétablies des dommages matériels et immatériels, donnant ainsi parfois l'impression que la question de l'indemnisation serait mieux tranchée par les juridictions nationales[91]. De surcroît, le libellé distinct des dispositions relatives aux réparations figurant respectivement dans les conventions européenne et américaine des droits de l'homme donne l'impression que l'article 41 de la convention européenne[92] n'a pas conféré à la CEDH autant de latitude pour déterminer les réparations que le paragraphe 1 de l'article 63 de la convention américaine[93] n'en a conféré à la CIADH; du moins, tel est ce que semble avoir compris la CEDH jusqu'à présent. Il n'est donc pas surprenant que d'aucuns invitent la CEDH à «revisiter» sa

---

[91] Voir notamment L. Wildhaber, «Reparations for Internationally Wrongful Acts of States — Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights», *Baltic Yearbook of International Law*, n° 3 (2003), p. 1-18.

[92] L'article 41 (anciennement article 50) de la convention européenne des droits de l'homme, relatif à la satisfaction équitable, est ainsi libellé: «Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.»

[93] Le paragraphe 1 de l'article 63 de la convention américaine est ainsi libellé:

> «Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée.»

its own case law on just satisfaction/*satisfaction équitable*, and in particular on reparation for moral (or "non-pecuniary") damages, so as to enlarge its horizon to the benefit of the *justiciables*[94].

VIII. *NEMINEM LAEDERE* AND REPARATION FOR MORAL DAMAGE TO INDIVIDUALS

74. In domestic legal systems, the whole theory of civil liability/*responsabilité civile* found inspiration in the fundamental principle *neminem laedere* (cf. *supra*). The conception of damage and of the reaction of the legal system to wrongful acts, requiring reparation, goes back to Roman law, to the theory of *id quod interest*, whereby the harmed person is entitled to redress. One restored thereby the balance or equilibrium needed in human relations. There was also concern to safeguard thereby human personality as such, the integrity of the human person. From ancient to modern times, unlike material damage, it proved particularly hard to conceptualize moral damage (*dommage moral*/non-pecuniary damage).

75. This latter became the object of endless discussions (ever since the first codifications), given the resistance of some doctrinal trends to attribute a value or price to the suffering of the victims *(pretium doloris)*. The prolonged construction of the theory of the *responsabilité civile* was made possible, however, by the recourse to general criteria, such as, e.g., the gravity of the breach, the intensity of the suffering it generated, the social repercussion of the breach, the consequences for the victim and the intentionality and *culpa* of the perpetrator.

76. The moral character of the damage was regarded as an infringement of the *human personality*, not only in what is most intimate to it but also in the human relations in its social milieu. It was against such damage that the legal system reacted, requiring reparation to the victim, so as to preserve the integrity of the human personality of the victim. Hence the conception of *responsabilité civile*, emanating from the immemorial general principle of *neminem laedere*. Such juridical construction was transposed from domestic law into international law, by means of private law analogies[95] (mainly of civil law). They were thereby heavily marked by a patrimonial content and interest (what can be explained by their origin). Hence their conceptualization, in civil law and also in common

[94] Cf., *inter alia*, e.g., P. Tavernier, "La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation — une remise en cause nécessaire", 72 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2007), pp. 945-966.

[95] E.g., the concepts of material and moral damages, the elements of *damnum emergens* and *lucrum cessans*, among others.

jurisprudence relative à la satisfaction équitable, en particulier en ce qui concerne la réparation du dommage moral (ou «immatériel»), de manière à élargir son horizon au profit des justiciables[94].

VIII. Le principe *neminem laedere* et la réparation du préjudice moral causé à l'individu

74. Dans les systèmes juridiques internes, la théorie de la responsabilité civile a entièrement été inspirée du principe fondamental *neminem laedere* (voir *supra*). La conception du dommage et de la réaction du système juridique aux faits illicites, à savoir l'exigence d'une réparation, trouve sa source dans le droit romain, et plus précisément dans la notion d'*id quod interest*, selon laquelle toute personne lésée a droit à réparation. Ce faisant, on rétablissait l'équilibre nécessaire aux relations humaines, mais on répondait également au souci de préserver la personnalité humaine en tant que telle, l'intégrité de la personne humaine. Cependant, contrairement à la notion de dommage matériel, celle de dommage moral ou immatériel s'est avérée particulièrement difficile à définir, et ce, depuis l'Antiquité.

75. Elle est devenue l'objet de débats incessants (depuis les premières codifications), une partie de la doctrine se refusant à attribuer une valeur ou un prix à la souffrance des victimes *(pretium doloris)*. La théorie de la responsabilité civile put néanmoins continuer à se construire grâce au recours à des critères généraux, tels que la gravité de la violation, l'intensité de la souffrance engendrée par celle-ci, ses répercussions sociales, ses conséquences pour la victime et le caractère intentionnel et fautif du comportement de l'auteur des faits.

76. L'aspect moral du dommage était perçu comme une violation de la *personnalité humaine*, non seulement dans ce qu'elle a de plus intime, mais également dans les relations humaines qu'elle entretient dans le cadre de son milieu social. C'est contre ce dommage que le système juridique a réagi, exigeant qu'il soit fait réparation à la victime, de manière à préserver l'intégrité de sa personnalité humaine. D'où la notion de responsabilité civile, qui plonge ses racines dans le principe général immémorial *neminem laedere*. Cette construction juridique a été transposée du droit interne au droit international par analogie avec le droit privé[95] (principalement le droit civil). Elle était ainsi fortement marquée par son aspect patrimonial, tant par sa teneur que par l'intérêt auquel elle répondait (ce

[94] Voir notamment P. Tavernier, «La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation — une remise en cause nécessaire», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 72 (2007), p. 945-966.

[95] Par exemple, les concepts de dommages matériel et moral, et les éléments constitutifs du dommage que sont le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, notamment.

law countries, as "non-pecuniary damage"[96]. The point of reference was patrimonial or financial.

77. The simple transposition of such concepts to international law level was bound to raise uncertainties. Yet, at least it did not pass unnoticed, in the debates on the matter going back to the nineteenth century, that consideration of moral damages inevitably turns attention to human suffering[97], proper to human beings rather than to States. In fact, States do not suffer; not seldom, they tend to inflict suffering upon human beings under their respective jurisdictions or elsewhere. The importance of moral damages became manifest in face of the need of protection of individuals[98].

78. The analogies with solutions proper to common law or to civil law *(droit civil)* have never appeared convincing or satisfactory to me, as, by focusing — for the purpose of reparation — on the relationship of the human person with material goods, they marginalized the most important trait in the human person, as a spiritual being[99]. Moral damages should not be reduced to a consideration of material goods, patrimony, capacity for work, and the projection of these elements in time — as upheld by the regrettable cosmovision of the *homo oeconomicus* so widespread in our times. It was necessary to wait for the advent of the international law of human rights, in order to go beyond these short-minded categories, and look also into the human person's aspirations, freedom and integrity.

79. Juridical concepts, encompassing values, are the product of their time, and are open to progressive development. With the formation of the *corpus juris* of the international law of human rights, it became clearer that the determination of reparations should keep in mind the integrality of the personality of the victim, should consider the impact on this latter of the violation of the rights inherent to her, should approach the matter from an integral, rather than patrimonial or financial outlook, with special attention to the aspirations, personal freedom and integrity of the individual victim. Hence the importance of *restitutio in integrum* (not

[96] For comparative law surveys, cf., e.g., [Various Authors], *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (ed. W. V. Horton Rogers), Vienna, Springer-Verlag, 2001, pp. 1-311; [Various Authors], *Redress for Non-Material Damage/ Réparation du préjudice moral* (London Colloquy of 1969), Strasbourg, Council of Europe, 1970, pp. 4-127.

[97] Cf. R. André and A. Smedts, *La réparation du dommage moral*, Anvers, Impr. Dugardin & Persoons, [1951], pp. 6, 17 and 125, and cf. p. 10.

[98] L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite..., op. cit. supra* note 45, p. 124.

[99] In this respect, the 1948 American Declaration on the Rights and Duties of Man states, in its fourth preambular paragraph that: "Inasmuch as spiritual development is the supreme end of human existence and the highest expression thereof, it is the duty of man to serve that end with all his strength and resources."

qui s'explique par son origine), ce qui a débouché, tant dans les pays de code civil que dans les pays de *common law*, sur la notion de «dommage immatériel»[96]. Le point de référence était patrimonial ou financier.

77. La transposition pure et simple de tels concepts en droit international ne pouvait qu'être source d'incertitude. Pourtant, dans les débats menés sur cette question depuis le XIX[e] siècle, il n'est au moins pas passé inaperçu que l'examen des dommages moraux attire inévitablement l'attention sur la souffrance humaine[97], qui est propre à l'être humain, à l'exclusion des Etats. De fait, ces derniers n'éprouvent pas la souffrance, même s'il n'est pas rare qu'ils infligent eux-mêmes des souffrances aux individus se trouvant sur leur territoire respectif ou ailleurs. L'importance des dommages moraux a été mise en évidence par la nécessité de protéger les individus[98].

78. L'analogie avec les solutions propres au droit anglo-saxon *(common law)* ou au droit romano-germanique (droit civil) ne m'a jamais semblé convaincante ou satisfaisante, parce que, pour les besoins de la réparation, ces solutions ne s'attachent qu'aux rapports de l'être humain avec les choses matérielles, marginalisant ce que celui-ci a de plus important, en tant qu'être spirituel[99]. Les dommages moraux ne devraient pas être réduits à des considérations relatives aux biens matériels, au patrimoine, à la capacité de travail et à la projection de ces éléments dans le temps — contrairement à l'approche retenue dans la regrettable cosmovision de l'*homo oeconomicus* si répandue de nos jours. Il a fallu attendre l'avènement du droit international des droits de l'homme pour dépasser ces catégories à courte vue et prendre également en considération les aspirations, la liberté et l'intégrité de la personne humaine.

79. Les notions juridiques, chargées de valeur, sont le produit de leur époque et sont susceptibles d'évoluer progressivement au cours du temps. La formation du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme a mis en lumière le fait que la détermination des réparations devait se faire en tenant compte de l'intégralité de la personnalité de la victime et de l'impact sur cette dernière de la violation des droits qui lui sont inhérents, qu'elle devait s'inscrire dans le cadre d'une approche intégrale, et non purement patrimoniale ou financière, dans laquelle une attention toute particulière est portée aux aspirations, à la liberté personnelle

---

[96] On trouvera des études de droit comparé, par exemple, dans les ouvrages suivants: [divers auteurs], *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (dir. publ., W. V. Horton Rogers), Vienne, Springer-Verlag, 2001, p. 1-311; [divers auteurs], *Redress for Non-Material Damage/Réparation du préjudice moral* (colloque organisé à Londres en 1969), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1970, p. 4-127.

[97] Voir R. André et A. Smedts, *La réparation du dommage moral*, Anvers, Impr. Dugardin & Persoons [1951], p. 6, 17 et 125, et voir p. 10.

[98] L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite...*, *op. cit. supra* note 45, p. 124.

[99] A cet égard, le quatrième paragraphe du préambule de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée en 1948, dispose ce qui suit: «Comme la vie spirituelle est la fin suprême de l'humanité et sa plus haute catégorie, l'homme a pour devoir de servir l'esprit, de toutes ses forces et de toutes ses ressources.»

always possible), given the manifest insufficiencies of indemnizations (for material damage).

80. On the basis of my own experience as magistrate serving successively two international jurisdictions, that of the IACtHR and then of the ICJ, I attribute particular importance to reparations for moral damages. In some cases of particular gravity, I dare to say that they prove to be even more significant or meaningful to the victims than those for pecuniary damages, or indemnizations. The granting of reparations for moral damages, by international human rights tribunals, has been made feasible by their recourse to considerations of *equity*. Given the prolongation of the proceedings of the *cas d'espèce* opposing Guinea to the Democratic Republic of the Congo, in the merits as well as the reparations stages (suggesting that the time of human justice is not the time of human beings), I have felt obliged to draw attention, in my declaration (*I.C.J. Reports 2011 (II)*, pp. 637-639, paras. 1-4) appended to the Court's Order of 20 September 2011 in the present *Diallo* case, to the relevance of the award of reparations within a reasonable time (as justice delayed is justice denied), as well as to the *considerations of equity* to bear in mind for the determination of reparations (mainly for moral damages).

IX. The Relevance of the Rehabilitation of Victims

81. The *reparatio* for damages comprises distinct forms of compensation to the victims for the harm they suffered, at the same time that it re-establishes the legal order broken by wrongful acts (or omissions) — a legal order erected on the basis of the full respect for the rights inherent to the human person. The observance of human rights is the *substratum* of the legal order itself. The legal order, thus re-established, requires the guarantee of non-repetition of the harmful acts. The *realization of justice* thereby achieved (an imperative of *jus cogens*) is in itself a form of reparation (satisfaction) to the victims. Such *reparatio* does not put an end to the suffering ensuing from the human rights violations already perpetrated, but, in ceasing the effects of those breaches, it at least alleviates the suffering of the individual victims (as *titulaires* of the right to reparation), by removing the indifference of the social milieu, the oblivion of the victims and the impunity of the perpetrators.

82. In this framework, the *rehabilitation* of the victims is of the utmost importance. It is a matter of not only re-establishing the legal order broken by wrongful acts (or omissions), but also of seeking to rehabilitate the victims themselves of such wrongs, as subjects or *titulaires* of the rights recognized therein that have been breached. After all, the individual victims (and not the States) occupy a central position in the framework of the international law of human rights, oriented towards them — which is

et à l'intégrité de la victime individuelle. D'où l'importance de la *restitutio in integrum* (qui n'est pas toujours possible), l'indemnisation (du dommage matériel) étant manifestement insuffisante.

80. L'expérience que j'ai acquise en tant que magistrat au service de deux juridictions internationales successives, la CIADH puis la CIJ, m'a convaincu de l'importance particulière que revêt la réparation des dommages moraux. Dans certains cas, particulièrement graves, j'irais même jusqu'à dire qu'elle s'avère plus importante ou significative encore pour la victime que celle des dommages matériels, l'indemnisation. C'est en ayant recours à des considérations d'*équité* que les juridictions internationales garantes des droits de l'homme ont pu accorder des réparations à raison de dommages moraux. Etant donné la durée de la procédure dans la présente affaire opposant la Guinée à la République démocratique du Congo — tant au stade du fond qu'à celui des réparations (ce qui donne à penser que le temps de la justice humaine n'est pas celui de l'être humain) —, je me suis senti obligé d'attirer l'attention, dans la déclaration (*C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 637-639, par. 1-4) que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 20 septembre 2011 en la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, sur l'importance d'accorder des réparations dans un délai raisonnable (car justice tardive est justice déniée), ainsi que sur les *considérations d'équité* qu'il convient d'avoir à l'esprit pour déterminer les réparations (principalement en ce qui concerne les dommages moraux).

IX. L'importance de réhabiliter les victimes

81. La *reparatio* des dommages compense, sous diverses formes, le préjudice subi par les victimes, en même temps qu'elle rétablit l'ordre juridique perturbé par les actes (ou omissions) illicites — lequel ordre repose sur le respect scrupuleux des droits inhérents à la personne humaine. Le respect des droits de l'homme est le substrat même de l'ordre juridique. Cet ordre, ainsi rétabli, exige que soit garantie la non-répétition des faits préjudiciables. Faire ainsi en sorte que justice soit rendue (en tant qu'impératif du *jus cogens*) constitue en soi une forme de réparation (satisfaction) pour les victimes. La *reparatio* ne met pas fin aux souffrances découlant des violations des droits de l'homme déjà commises, mais, en en faisant cesser les effets, elle contribue à tout le moins à alléger la souffrance des victimes individuelles (en tant que titulaires du droit à réparation) en faisant échec à l'indifférence du milieu social, à l'oubli des victimes et à l'impunité pour les responsables.

82. Dans ce contexte, la *réhabilitation* des victimes revêt la plus haute importance. Il ne s'agit pas simplement de rétablir l'ordre juridique perturbé par les actes (ou omissions) illicites, mais également de veiller à réhabiliter les victimes elles-mêmes de ces faits illicites, en tant que sujets ou titulaires des droits reconnus dans cet ordre et qui ont été violés. Après tout, ce sont les victimes individuelles (et non les Etats) qui occupent une position centrale dans le cadre du droit international des droits de

a law of protection *(droit de protection)*. By granting the individual victims *jus standi*, or else *locus standi in judicio*, in this domain of protection at international level, the international law of human rights has rescued the central position occupied therein by the victimized[100] (even in situations of great vulnerability, if not defencelessness), and has thereby asserted the (active) international subjectivity of individuals in the law of nations *(droit des gens)* at large.

83. The centrality of the victims in the present domain of protection draws attention to the pressing need of their *rehabilitation* — to be considered as from the integrality of the personality of the victims[101] — in the framework of *restorative* justice. The rehabilitation of the victims projects itself into their social milieu. It has both individual and social dimensions. Restorative justice has made great advances in the last decades, due to the evolution of the international law of human rights, humanizing the law of nations (the *droit des gens*). Such advances are now being felt, though in a lesser degree but a reassuring one, also in the domain of international humanitarian law and of contemporary international criminal law. The universal juridical conscience seems to be at last awakening as to the need to honour the victims of human rights abuses and to restore their dignity.

84. Rehabilitation of the victims acquires a crucial importance in cases of grave violations of their right to personal integrity. In effect, there have been cases where medical and psychological assistance to the victims has been ordered — mainly by the IACtHR — as a form of reparation, aiming at their rehabilitation[102]. Such measures have intended to overcome the extreme vulnerability of victims, and to restore their identity and integrity. Rehabilitation of the victims mitigates their suffering and that of their next of kin, thus irradiating itself into their social milieu.

85. Rehabilitation, discarding the apparent indifference of their social milieu, helps the victims to recuperate their self-esteem and their capacity to live in harmony with others. Rehabilitation nourishes the victims' hope in a minimum of social justice[103]. Rehabilitation helps to restructure the psyche of the victims, in their difficult quest for recovery from the injustice of humiliation. Rehabilitation as a form of reparation is intended to reorder ultimately the human relations disrupted by acts of cruelty,

---

[100] To this effect, IACtHR, case *Castillo Petruzzi and Others* v. *Peru* (preliminary objections, judgment of 4 September 1998), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 5 and 12; IACtHR, case *Tibi* v. *Ecuador* (merits and reparations, judgment of 7 September 2004), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 16 and 18-20.

[101] A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 442.

[102] A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional ..., op. cit. supra* note 82, pp. 329-330.

[103] *Ibid.*, pp. 330-332.

l'homme — un droit de protection, qui est orienté vers eux. En accordant aux victimes individuelles le *jus standi*, ou *locus standi in judicio*, dans ce domaine de protection au niveau international, le droit international des droits de l'homme a rétabli la position centrale qu'y occupaient les victimes[100] (même lorsqu'elles se trouvent dans une situation de grande vulnérabilité, voire sont sans défense), et a ainsi établi que, dans le domaine du droit des gens en général, l'individu est un sujet international (qui plus est, un sujet actif).

83. La position centrale qu'occupent les victimes dans le présent domaine de protection attire l'attention sur le besoin pressant d'assurer, dans le cadre de la justice *réparatrice*, leur *réhabilitation*, compte tenu de leur personnalité dans son intégralité[101]. La réhabilitation des victimes a des répercussions dans leur milieu social. Elle a une dimension à la fois individuelle et sociale. La justice réparatrice a beaucoup progressé au cours des dernières décennies, en raison de l'évolution du droit international des droits de l'homme, humanisant ainsi le droit des gens. Ces progrès se font à présent sentir également, quoique dans une moindre mesure mais de façon néanmoins rassurante, dans les domaines du droit international humanitaire et du droit international pénal contemporain. La conscience juridique universelle semble au moins s'éveiller à la nécessité d'honorer les victimes de violations des droits de l'homme et de rétablir leur dignité.

84. La réhabilitation des victimes devient cruciale en cas de violations graves de leur droit à l'intégrité personnelle. De fait, une aide médicale et psychologique aux victimes a parfois été prescrite — principalement par la CIADH — comme une forme de réparation, en vue d'assurer leur réhabilitation[102]. De telles mesures visaient à permettre aux victimes de surmonter leur extrême vulnérabilité et de recouvrer leur identité et leur intégrité. La réhabilitation des victimes, en atténuant leur souffrance et celle de leurs proches, se répercute dans leur milieu social.

85. Parce qu'elle va à l'encontre de l'apparente indifférence de leur milieu social, la réhabilitation aide les victimes à retrouver l'estime d'elles-mêmes et leur capacité à vivre en harmonie avec les autres. Elle nourrit leur espoir qu'existe un minimum de justice sociale[103]. Dans la pénible lutte que mènent les victimes pour se rétablir de l'injustice de l'humiliation, la réhabilitation contribue à la restructuration de leur psychisme. En tant que forme de réparation, elle a pour but de rétablir en définitive

[100] Voir en ce sens CIADH, affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, arrêt du 4 septembre 1998 (exceptions préliminaires), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 5 et 12; CIADH, affaire *Tibi c. Equateur*, arrêt du 7 septembre 2004 (fond et réparations), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 16 et 18-20.

[101] A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 442.

[102] A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional...*, *op. cit. supra* note 82, p. 329-330.

[103] *Ibid.*, p. 330-332.

in breach of human rights. In sum, rehabilitation restores one's faith in human justice.

X. Epilogue: Concluding Reflections

86. As we have seen in the present separate opinion, reparation and its rationale, in the light of the basic principle of *neminem laedere*, are deeply-rooted in international legal thinking, going back in time to the early beginnings of the law of nations (the *droit des gens*). Consideration of the subject-matter marked presence, as I have pointed out[104], in the writings of de Vitoria, H. Grotius, S. Pufendorf and C. Wolff (as well as in those of A. Gentili, F. Suárez and C. van Bynkershoek), from the sixteenth to the eighteenth centuries. Concern to secure *reparations for damages done to the human person* was present therein, and in a way even antedated their writings, going far back to the fifteenth century, when the term "person" (meaning the physical or moral person) had then been conceptualized[105], as referring to the subject of rights.

87. By then — and certainly by the following time of the insights of de Vitoria in the early sixteenth century, and of Suárez and Grotius in the early seventeenth century (followed by those of Pufendorf in the late seventeenth century, and of Wolff in the eighteenth century) — it had been understood that the human person "embodied" humanity, and a damage done to him/her was a *wrong*, which required reparation. The reductionist outlook which followed (starting with Vattel in the mid-eighteenth century) of an international legal order conformed in pursuance of a strict inter-State conception (in the light of distinct trend of legal positivism) — with individuals subjected to their respective States, as upheld mainly by Hegelian legal philosophy, as from the early nineteenth century, with its personification of the all-powerful sovereign State — with the disastrous consequences which followed, was incapable of removing the human person from the framework of the law of nations, as originally conceived.

88. As a matter of fact, even at the dark time when absolute State sovereignty (devoid of any precise meaning) came to be invoked, also in the ambit of the relations between States and individuals, to attempt to justify, and to cover-up, grave abuses against these latter, there were those who raised their voices to unmask such deception. Examination of this particular point lies beyond the purposes of the present separate

---

[104] Cf. Section III, paras. 14-21, *supra*.

[105] In ancient times, it may be recalled, the term *person* (the Etruscan *phersu*, the Greek *prôsopon*, the Latin *persona*) meant the mask, in theatrical representation; later on, it came to refer to the character *(personnage)*, paving the way for the medieval sense of "person" (the human person), meaning, from the fifteenth century onwards, the physical or moral person, as subject of rights.

l'ordre dans les relations humaines perturbées par les actes de cruauté qui ont été commis en violation des droits de l'homme. En somme, la réhabilitation redonne foi en la justice humaine.

X. Épilogue: conclusions

86. Comme nous l'avons vu dans la présente opinion individuelle, la réparation et sa raison d'être, eu égard au principe fondamental *neminem laedere*, sont profondément ancrées dans la pensée juridique internationale et remontent aux prémices du droit des gens. Ce sujet fut largement évoqué, comme je l'ai souligné[104], dans les écrits de F. Vitoria, H. Grotius, S. Pufendorf et C. Wolff (et dans ceux de A. Gentili, F. Suárez et C. van Bynkershoek), du XVI[e] au XVIII[e] siècle. Le souci d'assurer la réparation des dommages infligés à la personne humaine y était exprimé et, en quelque sorte, était même antérieur à ces ouvrages et remontait au XV[e] siècle, époque à laquelle la notion de «personne» (au sens de personne physique ou morale) fut définie[105] comme faisant référence au sujet des droits.

87. A ce moment-là — et assurément au moment où Vitoria, au début du XVI[e] siècle, puis Suárez et Grotius, au début du XVII[e] siècle, livrèrent leurs enseignements (suivis de Pufendorf, à la fin du XVII[e] siècle, et de Wolff, au XVIII[e] siècle) —, on en était venu à comprendre que la personne humaine «incarnait» l'humanité, et que tout dommage qui lui était causé était un *acte illicite* appelant réparation. La perspective réductrice qui se fit jour ultérieurement (à partir de Vattel, au milieu du XVIII[e] siècle) d'un ordre juridique international obéissant à une logique strictement interétatique (sous l'influence d'un courant distinct, le positivisme juridique) — les individus étant soumis à leurs Etats respectifs, comme le soutenait principalement, à partir du début du XIX[e] siècle, la philosophie juridique hégélienne, qui personnifiait l'Etat souverain tout-puissant —, avec les conséquences désastreuses qui s'ensuivirent, fut incapable d'évincer la personne humaine, telle qu'elle avait initialement été conçue, du cadre du droit des gens.

88. A vrai dire, même à la sinistre époque où l'on invoquait la puissance absolue de l'Etat (sans que cela revête une signification précise) jusque dans le domaine des relations entre Etats et individus pour tenter de justifier, et de masquer, de graves abus commis à l'encontre de ces derniers, d'aucuns élevèrent la voix pour dénoncer pareille supercherie. L'examen de cet aspect particulier ne relève pas de la présente opinion

[104] Voir *supra* section III, par. 14-21.

[105] Je rappellerai que, dans l'Antiquité, le terme *personne* (*phersu* en étrusque, *prôsopon* en grec et *persona* en latin) désignait le masque utilisé dans les représentations théâtrales; plus tard, il fut utilisé pour désigner le personnage, ouvrant ainsi la voie au sens médiéval du mot «personne» (la personne humaine), qui, à partir du XV[e] siècle, a désigné la personne physique ou morale, en tant que sujet de droits.

opinion. Suffice it here only to recall that, in the early twentieth century, Léon Duguit, in his philosophical construction of the *"solidarisme de la liberté"*, outlining State obligations vis-à-vis the human person (individually or in groups), denounced the gross abuses perpetrated in the name of State sovereignty as unwarranted tyrannical oppression[106].

89. Throughout the twentieth century, despite so many abuses and successive atrocities victimizing millions of individuals, a trend of humanist thinking flourished, in the writings of Emmanuel Mounier (1905-1950) and Gabriel Marcel (1889-1973), asserting the juridical *"personalism"*, aiming at doing justice to the *individuality of the human person*, to her inner life and the need for transcendence (on the basis of her own experience of life). In a world of violence amidst the misuses of language, there were, thus, also those who succeeded in preserving their lucidity. This and other precious trends of humanist thinking, almost forgotten (surely by the legal profession) in our hectic days, can, in my view, still shed much light towards further development of reparations for moral damages done to the human person.

90. Such reparations for moral damages[107] should not be limited always to awards of reparations on a pecuniary basis only; there are times, depending on the circumstances of the cases, when they call for other forms of (non-pecuniary) reparations (obligations of *doing*, such as satisfaction and rehabilitation of the victims). Be that as it may, I dare to nourish the hope that the day will come when it is properly learned and well-established that the State's duty to provide reparations for damages it did to individuals is an ineluctable and indispensable one: it cannot, in my understanding, be evaded by an unacceptable, unethical and unfounded invocation of State sovereignty or of State immunity[108].

91. Another lesson we can extract from the present case, unprecedented in this Court's history, is that the determination of reparations for human rights breaches is not a matter of legal technique only, as the incidence of considerations of equity fully demonstrates. In this respect, also in the previous Judgment of the Court (on the merits, of 30 November 2010) in the present *Diallo* case, I pointed out, in my separate opinion thereon, that the individual concerned is the subject of the right to reparation and its ultimate beneficiary (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 797-801, paras. 200-212), beyond the inter-State dimension (*ibid.*, pp. 802-805, paras. 213-221).

---

[106] He did so, e.g., in his lucid and thoughtful lectures of 1920-1921, as Visiting Professor at Columbia University; cf. Léon Duguit, *Souveraineté et liberté* [1920-1921], Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2002 [reed.], pp. 126-127, 132-134, 150-151 and 202.

[107] Cf. Section VIII, paras. 74-80, *supra*.

[108] Cf., in this sense: case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 181-290, paras. 1-316.

individuelle, et je me bornerai donc à rappeler ici que, au début du XX[e] siècle, Léon Duguit, dans sa construction philosophique du «solidarisme de la liberté» — qui met en exergue les obligations de l'Etat vis-à-vis de la personne humaine (en tant qu'individu ou que membre d'un groupe) —, a qualifié les graves abus perpétrés au nom de la souveraineté de l'Etat d'oppression tyrannique injustifiée[106].

89. Tout au long du XX[e] siècle, en dépit des innombrables abus et atrocités perpétrés à l'encontre de millions d'individus, un courant de pensée humaniste s'est développé, dans les écrits d'Emmanuel Mounier (1905-1950) et de Gabriel Marcel (1889-1973), pour affirmer le «*personnalisme*» juridique, qui vise à rendre justice à l'*individualité de la personne humaine*, à sa vie intérieure, et la nécessité de la transcendance (à partir de sa propre expérience de la vie). Ainsi, dans un monde de violence sur fond d'abus de langage, certains parvinrent malgré tout à conserver leur lucidité. Cette tendance de la pensée humaniste, ainsi que d'autres, presque tombées dans l'oubli à notre époque agitée (et en tout cas assurément chez les juristes), demeurent, à mon sens, d'une aide précieuse pour le développement du régime de réparation des dommages moraux causés à la personne humaine.

90. Or, la réparation des dommages moraux[107] ne devrait pas invariablement se limiter à une indemnisation fondée sur des considérations d'ordre matériel, car les circonstances de l'affaire en cause appellent parfois d'autres formes (immatérielles) de réparation (à savoir, des obligations de *faire*, telles que la satisfaction et la réhabilitation des victimes). Quoi qu'il en soit, j'ose espérer que le jour viendra où le fait qu'il est inéluctable et indispensable que l'Etat ait le devoir de réparer les dommages qu'il a fait subir à des individus sera fermement ancré dans les esprits et bien établi: à mon sens, l'Etat ne saurait échapper à ce devoir en arguant de sa souveraineté ou de son immunité[108], motif tout à la fois inacceptable, infondé et contraire à l'éthique.

91. On peut tirer de la présente affaire, qui est sans précédent dans l'histoire de la Cour, un autre enseignement: la réparation de la violation des droits de l'homme ne se résume pas à la simple application de techniques juridiques, comme le montre amplement l'incidence des considérations d'équité. A cet égard, j'ai également fait observer, dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt précédemment rendu par la Cour sur le fond (le 30 novembre 2010) en la présente affaire *Diallo*, que, au-delà de la dimension interétatique (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 802-805, par. 213-221), l'individu concerné est le titulaire du droit à réparation et son bénéficiaire ultime (*ibid.*, p. 797-801, par. 200-212).

---

[106] Il s'est ainsi exprimé, par exemple, dans les conférences pleines de lucidité et de profondeur qu'il a données en 1920-1921 en tant que professeur invité à l'université Columbia; voir Léon Duguit, *Souveraineté et liberté* [1920-1921], Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2002 (rééd.), p. 126-127, 132-134, 150-151 et 202.

[107] Voir *supra* section VIII, par. 74-80.

[108] Voir en ce sens l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, *arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 181-290, par. 1-316.

92. As the Court stated in that Judgment on the merits of 30 November 2010, the *cas d'espèce* concerns breaches of human rights treaties (cf. *supra*). And as I pondered in my earlier separate opinion appended to that Judgment on the merits, the hermeneutics of human rights treaties has put limits to the excesses of State voluntarism (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 755-758, paras. 82-88); it has done so in pursuance of the principle *pro persona humana* (*ibid.*, pp. 758-759, paras. 89-92). In a larger horizon, one is here guided by the principle of humanity (*ibid.*, pp. 759-762, paras. 93-105), in conformity with the *necessary* law of the *societas gentium*, regulating relations in the international community constituted by human beings socially organized in States and co-extensive with humankind (*ibid.*, pp. 762-763, para. 106).

93. As I deemed it fit to add in the aforementioned separate opinion, that necessary law of the *societas gentium* has — pursuant to natural law thinking — "prevailed over the will of individual States", thus remaining

> "respectful of the human person, to the benefit of the common good[109]. The precious legacy of natural law thinking, evoking the natural law of the right human reason *(recta ratio)*, has never faded away, and this should be stressed time and time again (. . .)." *(Ibid.)*.

Furthermore, the old monopoly of States of the titularity of rights at international level can no longer be sustained.

94. The reasserted presence — and a central one — of the individual in the framework of the law of nations has much contributed, as I have sought to demonstrate in the present separate opinion, to the more recent progressive development of international law in respect of reparations for damages ensuing from violations of human rights. With the rescue of the individual as subject of the contemporary *jus gentium*, the centrality of victims in the international protection of human rights is nowadays well-established and beyond question. In the present domain of protection, reparations are due to individual victims, and not to States. The victim-centred outlook has entailed implications for the reparations due, has clarified their forms, has fostered the progressive development of international law in the present domain.

95. The international subjectivity of individuals has had this additional beneficial impact upon contemporary *jus gentium*. The contribution of the case law of the international tribunals of human rights (the IACtHR and the ECHR) bears witness of this. The centrality of victims singles out, in particular, as we have just seen, the relevance, in particular, of reparation of moral damage to individuals, so as to alleviate their suffering, as well as of the rehabilitation of victims. The *realization of justice* is of key importance to the victims, and belongs, in my understanding, to the

[109] A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 9-14, 172, 318-319, 393 and 408.

92. Ainsi que l'a déclaré la Cour dans cet arrêt sur le fond du 30 novembre 2010, la présente affaire porte sur des violations de traités relatifs aux droits de l'homme (voir *supra*). Or, comme je l'ai exposé dans l'opinion individuelle précitée, l'herméneutique de ces traités a, dans une optique *pro persona humana* (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 758-759, par. 89-92), posé des limites aux excès de la volonté de l'Etat (*ibid.*, p. 755-759, par. 82-88). De façon plus générale, c'est ici le principe d'humanité qui est à l'œuvre (*ibid.*, p. 759-762, par. 93-105), conformément à la *nécessaire* loi de la *societas gentium*, qui régit les relations dans la communauté internationale constituée par des êtres humains socialement organisés en Etats et qui coïncide avec l'humanité (*ibid.*, p. 762-763, par. 106).

93. Comme j'ai jugé bon de l'ajouter dans cette même opinion individuelle, la nécessaire loi de la *societas gentium* a — sous l'influence de la doctrine jusnaturaliste — «[eu] préséance sur la volonté des Etats individuels», ainsi

> «tenus de respecter la personne humaine dans l'intérêt du bien commun[109]. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé dans la raison humaine juste *(recta ratio)*, ne s'est jamais évanoui, et il convient de le souligner sans cesse...» *(Ibid.)*.

De surcroît, voir dans l'Etat le titulaire monopolistique des droits au niveau international est une conception surannée devenue indéfendable.

94. La présence réaffirmée de l'individu au cœur même du droit des gens a, comme j'ai tenté de le démontrer dans la présente opinion individuelle, largement contribué aux dernières avancées du droit international en matière de réparation des dommages résultant de violations des droits de l'homme. L'individu ayant été rétabli comme sujet du *jus gentium* contemporain, la position centrale des victimes en matière de protection internationale des droits de l'homme est de nos jours bien établie et n'est plus remise en cause. Dans ce domaine de protection, les réparations sont dues aux victimes individuelles, et non aux Etats. Cette perspective centrée sur les victimes a eu des répercussions sur les réparations dues, elle a contribué à clarifier les formes que celles-ci devaient prendre et a favorisé le développement progressif du droit international en la matière.

95. Le fait que l'individu soit un sujet international a eu cette influence positive supplémentaire sur le *jus gentium* contemporain, comme en témoigne la contribution de la jurisprudence des juridictions internationales garantes des droits de l'homme (CIADH et CEDH). La position centrale des victimes met notamment en exergue, comme nous venons de le voir, l'importance qu'il y a, entre autres, à réparer les dommages moraux subis par les individus, de manière à atténuer leur souffrance, et à réhabiliter les victimes. Il est capital pour les victimes que *justice soit faite*, et pareil objec-

[109] A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2006, p. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

domain of *jus cogens*. Without it, the right of access to justice *lato sensu*, there is no legal system at all.

96. The jurisprudential and doctrinal developments that I have cared, and felt obliged, to examine in the present separate opinion, have been made possible in the light of the recognition that the victims, subjects of the right to reparation, are the ones who actually suffered the damage — human beings of flesh and bone, and not their States. It is, furthermore, not to be forgotten that the legal construction on the matter, existing today in international law (but still in its infancy), was transposed to it from the secular experience gathered earlier in domestic legal systems; the recent contribution of international human rights tribunals (the IACtHR and the ECHR) sheds new light into it (cf. *supra*), and develops the aptitude on international law to regulate relations in circumstances such as those of the present *Diallo* case. The traditional and strict inter-State dimension is of little use, if any, here.

97. Furthermore, in modern times, since the dawn of State responsibility, it has become clear that the breach of international law and the compliance with the duty of reparation for damages form an indissoluble whole, which cannot at all be disrupted by undue and irresponsible invocations of State sovereignty or State immunity. The obligation to provide reparation of damages stands as a *fundamental* one, rather than as a "secondary" one. It is an imperative of justice.

98. The resurgence of individuals as subjects of the law of nations (the new *jus gentium*) has entailed other consequences, in addition to that on reparations for damages resulting from human rights violations *(supra)*, and related to this latter. It has, for example, called for a reassessment of issues pertaining to international legal procedure. This has been recently reckoned by this Court itself, in its most recent Advisory Opinion (of 1 February 2012) on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*. In my separate opinion appended thereto, I sustained that the international legal personality (and capacity) of individuals, requiring the observance of the basic principle of procedural equality (equality of arms/*égalité des armes*), corresponds to a *necessity* of the international legal order itself in our days (*I.C.J. Reports 2012 (1)*, pp. 52-93, paras. 1-118).

99. Last but not least, I come back to my initial point. Bearing in mind that in the present case the damages were done to an individual (Mr. A. S. Diallo) and not to a State, there is one precision that I deem it fit to make at this final stage in this separate opinion. In the *dispositif* of the present Judgment, the Court fixes the amount of compensation for *non-material* as well as *material* damage "suffered by Mr. Diallo" (resolutory points (1) and (2)). I have concurred with the Court majority's decision as to a larger amount of compensation for non-material damage, given the particular importance that I attach to reparation for moral damages (cf. *supra*).

tif relève, à mon sens, du *jus cogens*. A défaut d'un tel droit d'accès à la justice *lato sensu*, il n'est tout simplement point de système juridique.

96. Les évolutions jurisprudentielles et doctrinales que j'ai pris soin — et que je me suis senti tenu — d'examiner dans la présente opinion individuelle ont été rendues possibles par la reconnaissance du fait que ce sont les victimes, titulaires du droit à réparation — des êtres humains faits de chair et d'os, et non les Etats dont ils sont ressortissants —, qui ont effectivement subi le dommage. Il convient par ailleurs de ne pas perdre de vue que la construction juridique dans ce domaine, qui existe aujourd'hui en droit international (bien que toujours balbutiante), y a été transposée à partir de l'expérience acquise au cours des siècles dans les systèmes juridiques internes; la contribution récente des juridictions internationales garantes des droits de l'homme (la CIADH et la CEDH) jette un nouvel éclairage en la matière (voir *supra*) et rend le droit international mieux apte à régir les relations dans des circonstances telles que celles de la présente affaire *Diallo*. En l'espèce, la dimension traditionnelle strictement interétatique est de peu d'utilité, voire d'aucune.

97. De surcroît, à l'époque actuelle, depuis l'avènement de la responsabilité de l'Etat, il est devenu évident que la violation du droit international et le respect du devoir de réparer les dommages constituent un tout indissoluble, que l'invocation illégitime et irresponsable de la souveraineté ou de l'immunité de l'Etat ne saurait en aucun cas dissoudre. L'obligation de réparer les dommages est *fondamentale*, et non «secondaire». Elle répond à un impératif de justice.

98. Les conséquences de la résurgence de l'individu en tant que sujet du droit des gens (le nouveau *jus gentium*) se sont fait sentir au-delà du domaine de la réparation des dommages résultant des violations des droits de l'homme *(supra)* ou liés à celles-ci. Cette résurgence a, par exemple, nécessité un réexamen des questions relatives à la procédure juridique internationale. C'est ce que la Cour a elle-même estimé, dans l'avis consultatif qu'elle a très récemment rendu (le 1er février 2012) sur le *Jugement nº 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*. Dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à cet avis, j'ai soutenu que la personnalité (et la capacité) juridique internationale de l'individu, qui exige le respect du principe fondamental de l'égalité des armes, correspond aujourd'hui à une *nécessité* de l'ordre juridique international lui-même (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 52-93, par. 1-118).

99. Enfin, et surtout, j'en reviens au point de départ de mon raisonnement. Compte tenu du fait que, dans la présente affaire, c'est un individu (M. A. S. Diallo), et non un Etat, qui a subi les dommages, il me semble utile d'apporter une précision à ce stade final de la présente opinion individuelle. Dans le dispositif du présent arrêt, la Cour a fixé le montant de l'indemnité due pour les préjudices *immatériel* et *matériel* «subi[s] par M. Diallo» (points 1 et 2 du dispositif). Etant donné l'importance particulière que j'attache à la réparation des dommages moraux (voir *supra*), j'ai souscrit à la décision de la majorité de la Cour tendant à ce qu'un montant d'indemnité plus important soit accordé au titre du dommage immatériel.

100. Although the amounts of compensation are formally due from the Democratic Republic of the Congo (as respondent State in the *cas d'espèce*) to Guinea (as complainant State in the present case), the ultimate subject *(titulaire)* of the right to reparation and its beneficiary is Mr. A. S. Diallo, the individual who suffered the damages. The amounts of compensation have been determined by the Court to *his benefit*. This is the proper meaning, as I perceive it, of resolutory points (1) and (2) of the *dispositif* of the present Judgment, in combination with paragraph 57 of the reasoning of the Court.

101. This understanding is well in accordance with the basic postulates of the international law of human rights (the applicable law in the present case), and bears witness of the international legal personality of the individual as subject of contemporary international law. This is clearly so, even if, out of a surpassed dogmatism, individuals remain deprived of their international legal capacity, of their *locus standi in judicio*, that would otherwise have enabled them — as it should happen, in the light of all the aforementioned — to appear directly in legal proceedings before this Court.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

100. Bien que, officiellement, les montants d'indemnité soient dus par la République démocratique du Congo (en tant qu'Etat défendeur en l'espèce) à la République de Guinée (en tant qu'Etat demandeur en l'espèce), le titulaire ultime du droit à réparation, et son bénéficiaire, est M. A. S. Diallo, à savoir la personne qui a subi les dommages. Le montant des différentes composantes de l'indemnité a été fixé par la Cour *en faveur de celui-ci*. Tel est, selon moi, le véritable sens des points 1 et 2 du dispositif du présent arrêt, lus à la lumière du paragraphe 57 des motifs de la Cour.

101. Cette interprétation est parfaitement conforme aux postulats fondamentaux sur lesquels repose le droit international des droits de l'homme (qui est le droit applicable dans la présente affaire), et elle met en évidence la personnalité juridique internationale de l'individu en tant que sujet du droit international contemporain. Il en est manifestement ainsi même si, par l'effet d'un excès de dogmatisme, l'individu demeure privé de la capacité juridique internationale, du *locus standi in judicio*, qui lui aurait sinon permis — comme cela devrait être le cas, au vu de tout ce qui précède — de comparaître directement devant cette Cour.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

DECLARATION OF JUDGE YUSUF

Disagreement with point 3 of the operative paragraph — Improper characterization of actual material injury suffered — Reformulation of claim as loss of professional remuneration is restrictive, without legal or logical reasoning — Existence of causal nexus between unlawful detention and injury suffered by Mr. Diallo — Unsatisfactory evidence of pre-detention earnings does not detract from existence of an injury resulting from detention — Court's decision inconsistent with jurisprudence and practice of human rights courts and tribunals — Equity considerations should have been applied — Compensation fixed in equity on the basis of causal link between unlawful detention and the material injury suffered by Mr. Diallo.

1. I have voted in favour of the operative part of the Judgment except point 3 which

> "*Finds* that no compensation is due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea with regard to the claim concerning material injury allegedly suffered by Mr. Diallo as a result of a loss of professional remuneration during his unlawful detentions and following his unlawful expulsion."

I consider it my judicial duty to explain the reasons for my disagreement with this finding and with the considerations on which it is based, particularly as it relates to the "loss of earnings" by Mr. Diallo due to his unlawful detentions in 1995-1996.

2. The Court, in its Judgment on the merits of 30 November 2010, stated that

> "The Court is of the opinion that the Parties should indeed engage in negotiation in order to agree on the amount of compensation to be paid by the DRC to Guinea for the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-1996, including the resulting loss of his personal belongings." (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 691, para. 163.)

3. The Parties having failed to reach agreement on the amount of compensation, the matter was submitted to the Court for settlement. In considering the compensation to be paid to Guinea for the injuries suffered by Mr. Diallo, the Court refers to the four heads of damage identified by Guinea in the following manner:

> "Guinea seeks compensation under four heads of damage: non-material injury (referred to by Guinea as 'mental and moral damage'),

DÉCLARATION DE M. LE JUGE YUSUF

duction]

ésaccord avec le point 3 du dispositif — Qualification inexacte du préjudice riel effectivement subi — Caractère restrictif et gratuit, sur les plans juridique gique, de la reformulation limitant la demande à la perte de rémunération essionnelle — Existence d'un lien de causalité entre la détention illicite et le udice subi par M. Diallo — Insuffisance de la preuve des revenus antérieurs à tention ne devant pas occulter l'existence du préjudice résultant de celle-ci — tion de la Cour dérogeant à la jurisprudence et à la pratique des juridictions gées des droits de l'homme — Nécessité, en l'espèce, d'appliquer des considé- ns d'équité — Indemnité devant être fixée, en équité, sur la base du lien de alité rattachant le préjudice subi par M. Diallo à la détention illicite.

J'ai voté en faveur de l'ensemble du dispositif de l'arrêt, à l'excep- du point 3, dans lequel la Cour

« *Dit* qu'aucune indemnisation n'est due par la République démo- cratique du Congo à la République de Guinée pour le préjudice matériel qu'aurait subi M. Diallo du fait d'une perte de rémunéra- tion professionnelle au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicites. »

estime qu'il est de mon devoir d'expliquer ici les motifs de mon désac- l avec cette conclusion et les motifs qui la sous-tendent, notamment e qui concerne la « perte de revenus » subie par M. Diallo à raison de détentions illicites en 1995-1996.

. Dans son arrêt sur le fond en date du 30 novembre 2010, la Cour t exprimée ainsi :

« La Cour estime que les Parties doivent effectivement mener des négociations afin de s'entendre sur le montant de l'indemnité devant être payée par la RDC à la Guinée à raison du dommage résultant des détentions et de l'expulsion illicites de M. Diallo en 1995-1996, y compris la perte de ses effets personnels qui en a découlé. » (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 691, par. 163.)

. Les Parties n'ayant pu se mettre d'accord sur le montant de l'indem- , la question a été soumise pour règlement à la Cour, qui a abordé alyse de l'indemnisation due à raison des dommages subis par Diallo en se référant en ces termes aux quatre chefs de dommages osés par la Guinée :

« La Guinée demande à être indemnisée pour quatre chefs de préju- dice : un chef de préjudice immatériel (qu'elle a appelé « dommage psy-

and three heads of material damage: alleged loss of personal property; alleged loss of professional remuneration (referred to by Guinea as 'loss of earnings') during Mr. Diallo's detentions and after his expulsion; and alleged deprivation of 'potential earnings'." (Judgment, para. 14.)

4. In its Memorial, Guinea refers to United Nations General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005 and to the Basic Principles and Guidelines annexed to it which define the types of compensable damage due to victims of human rights violations as follows:

"Compensation should be provided for any economically assessable damage, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, resulting from gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, such as:

(a) Physical or mental harm;
(b) Lost opportunities, including employment, education and social benefits;
(c) Material damages and loss of earnings, including loss of earning potential;
(d) Moral damage;
(e) Costs required for legal or expert assistance, medicine and medical services, and psychological and social services." (United Nations General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005 (UN doc. A/RES/60/147), Annex, para. 20.)

5. The Court has decided to reformulate as a "loss of professional remuneration" the material damage claimed by Guinea to have been suffered by Mr. Diallo due to his detentions and characterized in Guinea's Memorial as a "loss of earnings" in conformity with the above-mentioned Basic Principles as well as with the practice of human rights courts, such as the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). I can see no legal or logical reason for this restrictive reformulation of Guinea's claim for compensation for this material injury.

6. The characterization of the claim by Guinea for "loss of earnings" by a businessman, who was the manager and sole *associé* of two companies which he himself had founded, as a claim for "loss of professional remuneration" does not, in my view, constitute a proper qualification of the actual material injury suffered in this case nor does it correspond to the context in which the damage was caused or the particular circumstances of the victim of the human rights violations recognized by the Court.

7. Mr. Diallo as a businessman, was not only remunerated for his managerial responsibilities but had overall responsibility, being the sole

chologique et moral») et trois chefs de préjudice matériel, à savoir, respectivement, la perte alléguée de biens personnels, la perte alléguée de rémunération professionnelle (qu'elle a appelée la «perte de revenus») subie par M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion, et la privation alléguée de «gains potentiels».» (Arrêt, par. 14.)

4. Dans son mémoire, la Guinée fait référence à la résolution n° 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 16 décembre 2005 et aux principes fondamentaux et directives qui y sont annexés et qui définissent comme suit les types de dommages ouvrant droit à indemnisation:

> «Une indemnisation devrait être accordée pour tout dommage résultant de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, qui se prête à une évaluation économique, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, tel que:
>
> *a)* le préjudice physique ou psychologique;
> *b)* les occasions perdues, y compris en ce qui concerne l'emploi, l'éducation et les prestations sociales;
> *c)* les dommages matériels et la perte de revenus, y compris la perte du potentiel de gains;
> *d)* le dommage moral;
> *e)* les frais encourus pour l'assistance en justice ou les expertises, pour les médicaments et les services médicaux et pour les services psychologiques et sociaux.» (Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 60/147 du 16 décembre 2005 (Nations Unies, doc. A/RES/60/147), annexe, par. 20.)

5. La Cour a décidé d'utiliser l'expression «perte de rémunération professionnelle» pour désigner le dommage matériel que M. Diallo aurait subi du fait de ses détentions, dommage que la Guinée, dans son mémoire, avait appelé «perte de revenus», en conformité avec la terminologie employée dans les principes fondamentaux précités ainsi qu'avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Or je ne vois aucune raison de droit ou de logique qui puisse justifier cette reformulation restrictive de la demande d'indemnisation présentée par la Guinée sous ce chef.

6. A mon avis, s'agissant de la «perte de revenus» invoquée par la Guinée au nom d'un homme d'affaires qui était le gérant et l'unique associé des deux sociétés qu'il avait lui-même fondées, l'expression «perte de rémunération professionnelle» constitue une qualification inexacte du préjudice matériel effectivement subi en l'espèce et ne convient pas au contexte dans lequel le dommage a été causé ni à la situation particulière de la victime de la violation des droits de l'homme constatée par la Cour.

7. En tant qu'homme d'affaires, M. Diallo n'était pas un simple administrateur salarié; il avait la responsabilité globale, en qualité de seul

associé, for the income-generating activities of the companies from which he also personally benefited in terms of earnings. As was stated by the Court in its Judgment of 30 November 2010 on the merits:

> "it is difficult not to discern a link between Mr. Diallo's expulsion and the fact that he had attempted to recover debts which he believed were owed to his companies by, amongst others, the Zairean State or companies in which the State holds a substantial portion of the capital, bringing cases for this purpose before the civil courts" (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 669, para. 82).

8. Bearing in mind that Mr. Diallo was detained in 1995-1996 with a view to his expulsion, it is not unreasonable to assume that the intended consequence of his detentions and expulsion, which were found by the Court to be unlawful, was to frustrate his efforts to recover those debts. This had a direct effect on his personal earnings as a businessman and as the sole *associé* of the two companies. Moreover, the detention of a businessman for such a long period of time does not only disturb his commercial and entrepreneurial activities, but is likely to interrupt his ability to generate income from such activities.

9. It is true that the Republic of Guinea has failed to provide satisfactory evidence on the amount of monthly earnings of Mr. Diallo before his detention, but that cannot automatically lead to the conclusion that there was no loss of earnings resulting from his unlawful detention. A loss of earnings arises, in the first instance, from a disruption of the activities which help generate the income of the individual concerned. It is through such disruption or, in some cases, total interruption of the activities of the individual that an unlawful detention causes the victim an injury whose final material consequence is a loss of earnings. The existence of this injury and its causal link with the wrongful act can be ascertained through the determination of the extent to which it prevented the individual from engaging in his or her habitual income-generating activities. Thus, the amount of the income itself can neither determine the existence of an injury nor of the causal link between the injury and the unlawful act, although it may be useful for fixing the compensation due to the victim.

10. By focusing solely on the lack of reliable evidence relating to the amount of monthly earnings of Mr. Diallo (paragraphs 42-44 of the Judgment), the Court has lost sight of the actual injury caused by the unlawful detention of Mr. Diallo — i.e., the disruption of his income-generating activities and the fact that the detention prevented him from engaging in such activities. It also appears to have overlooked the circumstances of the expulsion of Mr. Diallo from the DRC which did not clearly allow him to collect and save all the documents related to the activities of his companies.

11. The fact that the Republic of Guinea was unable to establish, to the satisfaction of the Court, the actual amount of Mr. Diallo's pre-detention earnings can neither detract from the existence of an injury due

associé, des activités productives des sociétés, dont il tirait personnellement des revenus. Comme l'a dit la Cour dans son arrêt du 30 novembre 2010 sur le fond,

> «il est difficile de ne pas percevoir un lien entre l'expulsion de M. Diallo et le fait qu'il ait tenté d'obtenir le recouvrement des créances qu'il estimait être dues à ses sociétés par, notamment, l'Etat zaïrois ou des entreprises dans lesquelles ce dernier détient une part importante du capital, en saisissant à cette fin les juridictions civiles» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 669, par. 82).

8. M. Diallo ayant été détenu en 1995-1996 en vue de son expulsion, il n'est pas déraisonnable de penser que l'objectif des détentions et de l'expulsion déclarées illicites par la Cour était de faire échec aux efforts qu'il avait déployés pour le recouvrement des créances en question, ce qui a eu des répercussions directes sur ses revenus personnels en tant qu'homme d'affaires et unique associé des deux sociétés. En effet, non seulement la détention d'un homme d'affaires durant une période aussi longue entraîne la perturbation de ses activités de commerçant et de chef d'entreprise, mais elle risque d'entraver sa capacité de tirer des revenus de ces activités.

9. Il est vrai que la Guinée n'a pas prouvé de manière satisfaisante le montant du revenu mensuel de M. Diallo avant son incarcération, mais on ne saurait en déduire *ipso facto* que la détention illicite n'a pas entraîné de perte de revenus. La perte de revenus résulte en premier lieu de la perturbation des activités qui en sont la source. C'est en causant une telle perturbation, voire l'arrêt complet des activités en question, que la détention illicite entraîne pour la victime un préjudice se traduisant par une perte de revenus. La mesure dans laquelle la détention a empêché l'intéressé de se livrer à ses activités productives habituelles offre un moyen d'établir l'existence de ce préjudice et le lien de causalité qui le rattache au fait illicite. Le montant du revenu lui-même n'entre donc pas en ligne de compte aux fins d'établir ces deux éléments, même s'il peut être utile pour chiffrer l'indemnité due à la victime.

10. En s'attachant exclusivement à l'insuffisance des preuves rapportées en ce qui concerne le montant du revenu mensuel de M. Diallo (paragraphes 42-44 de l'arrêt), la Cour a perdu de vue le véritable préjudice causé par la détention illicite de ce dernier, soit la perturbation de ses activités productives et l'impossibilité pour lui de s'y consacrer. Elle semble également avoir méconnu les circonstances ayant entouré l'expulsion de M. Diallo de RDC, circonstances dont on peut difficilement dire qu'elles ont donné à ce dernier le loisir de réunir et de mettre à l'abri tous les documents se rapportant aux activités de ses deux sociétés.

11. Le fait que la République de Guinée n'a pas été en mesure d'établir, à la satisfaction de la Cour, le montant précis des revenus que touchait M. Diallo avant son incarcération ne doit pas occulter l'existence du

to his detentions nor from the fact that these unlawful detentions interfered with his ability to engage in his normal income-generating entrepreneurial activities. It is on the basis of the injury suffered as a result of this interference with his activities that the Court should have fixed, in equity, the compensation due to him in view of the causal nexus between this injury and the unlawful detentions.

12. Moreover, the practice of international human rights courts, which have the most extensive jurisprudence in this area, does not appear to have been taken into account by the Court with respect to the fixing of compensation for loss of earnings resulting from the unlawful detention of Mr. Diallo, despite the fact that it is stated in paragraph 13 of the Judgment that

> "The Court has taken into account the practice in other international courts, tribunals and commissions (such as the International Tribunal for the Law of the Sea, the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Iran-United States Claims Tribunal, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, and the United Nations Compensation Commission), which have applied general principles governing compensation when fixing its amount, including in respect of injury resulting from unlawful detention and expulsion."

13. The absence of reliable evidence or information on the earnings of the victims of unlawful acts by States has not deterred those courts from awarding compensation on the basis of equitable considerations. Those courts and tribunals have adopted a flexible approach, based on equity, in assessing lost earnings where evidence of earnings was either insufficient or was not established to the satisfaction of the Court. For instance, in *Delta* v. *France* (1990), although the applicant was unemployed at the time of his arrest and detention, the ECHR held that it did "not find it unreasonable to regard Mr. Delta as having suffered a loss of real opportunities" as a result of the detention. Consequently, the Court awarded, on an equitable basis, a global sum for both pecuniary and non-pecuniary damages (*Delta* v. *France* (application No. 11444/85), 19 December 1990, paras. 40-43).

14. Similarly, the ECHR in *Stafford* v. *United Kingdom* (2002), having found that a causal nexus existed between the unlawful detention and the injury suffered, considered that though the applicant failed to substantiate his claims for lost earnings, such a claim for pecuniary loss "cannot be completely discounted", and awarded, in equity, a global sum for both pecuniary and non-pecuniary damages (*Stafford* v. *United Kingdom* (application No. 46295/99), 28 May 2002, paras. 92-94). In *Assanidze* v. *Georgia* (2004), the applicant failed to produce evidence of his monthly income prior to his arrest, and the ECHR was unable to make a precise calculation of his lost earnings. However, the ECHR found that the applicant must necessarily have sustained such a loss as a

préjudice résultant de celle-ci ni le fait que ses détentions illicites ont empêché l'intéressé de se livrer à ses activités commerciales productives habituelles. C'est en fonction du préjudice causé par la perturbation de ses activités que la Cour, statuant en équité, aurait dû fixer l'indemnité due à M. Diallo, eu égard au lien de causalité rattachant ce préjudice à ses détentions illicites.

12. De plus, elle ne semble pas avoir tenu compte, pour chiffrer l'indemnité à payer au titre de la perte de revenus résultant de la détention illicite de M. Diallo, de la jurisprudence des juridictions internationales spécialisées dans les droits de l'homme, qui est pourtant la plus abondante dans ce domaine, et ce, même si l'on peut lire ce qui suit au paragraphe 13 de l'arrêt:

> «La Cour tient compte de la pratique d'autres juridictions et commissions internationales (telles que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran, la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie et la Commission d'indemnisation des Nations Unies), qui ont appliqué les principes généraux régissant l'indemnisation lorsqu'elles ont été appelées à fixer le montant d'une indemnité, notamment à raison du préjudice découlant d'une détention ou d'une expulsion illicites.»

13. L'absence d'éléments de preuve ou de renseignements fiables sur les revenus touchés par la victime du fait internationalement illicite d'un Etat n'a pas empêché ces juridictions d'accorder une indemnisation sur la base de l'équité. Elles ont ainsi fait preuve de souplesse en se fondant sur l'équité pour évaluer les revenus perdus lorsque les preuves disponibles étaient insuffisantes ou n'avaient pas su les convaincre. Dans l'affaire *Delta c. France* (1990), par exemple, même si le requérant était sans emploi au moment de son arrestation et de son incarcération, la CEDH a dit qu'elle «n'estim[ait] pas déraisonnable de penser que l'intéressé a[vait] éprouvé une perte de chances réelles» en raison de sa détention. Statuant en équité, elle a alloué une indemnité globale pour l'ensemble des dommages matériels et immatériels subis (*Delta c. France*, requête n° 11444/85, 19 décembre 1990, par. 40-43).

14. De même, dans l'affaire *Stafford c. Royaume-Uni* (2002), après avoir constaté l'existence d'un lien de causalité entre la détention illicite et le préjudice subi, la CEDH a jugé que, même si le requérant n'avait pas réussi à justifier les sommes réclamées au titre de la perte de revenus, la demande pour perte financière «ne saurait être purement et simplement écartée» et, se fondant sur l'équité, elle a alloué à l'intéressé une indemnité globale pour dommages matériel et moral (*Stafford c. Royaume-Uni*, requête n° 46295/99, 28 mai 2002, par. 92-94). Dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie* (2004), le requérant n'avait produit aucun justificatif concernant ses revenus mensuels avant son arrestation, de sorte que la CEDH n'était pas en mesure de chiffrer avec précision le montant de la perte.

result of being held without cause when, from the date of detention onwards, he should have been in a position to find employment and resume his activities. Once again, on the basis of equity, the request for pecuniary damages was not discounted (*Assanidze* v. *Georgia* (application No. 71503/01), 8 April 2004, paras. 200-201).

15. This flexible approach is not limited to the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The Inter-American Court of Human Rights has developed a clear set of standards for valuation of lost earnings where there is insufficient or unreliable information on actual earnings (see for example *Caracazo* v. *Venezuela*, judgment of 29 August 2002 (reparations and costs), IACHR, para. 88; *El Amparo* v. *Venezuela*, judgment of 14 September 1996 (reparations and costs), IACHR, para. 28). In the *Ituango Massacres* case (2006), while the IACHR considered that pecuniary damage should be calculated on the basis of probative elements which allow the real damage to be ascertained, it granted compensation, on grounds of equity, in favour of those victims whose loss of income was not proved specifically (*Ituango Massacres*, judgment of 1 July 2006 (preliminary objections, merits, reparations and costs), paras. 371-372).

16. Finally, I find it regrettable that the Court appears to overlook in this Judgment as well as in the previous one on the merits the fact that Mr. Diallo was the central figure and the sole *associé gérant* of two companies which were in reality unipersonal companies, though they were incorporated as companies with limited liability. As pointed out in my 2010 joint dissenting opinion with Judge Al-Khasawneh, Mr. Diallo was

> "for all intents and purposes one and the same with the two companies. Nor were his *parts sociales* a small amount of his wealth, they were practically all his wealth with the result that, as a consequence of the actions taken by the DRC authorities against him, he was reduced to destitution." (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Yusuf, p. 701.)

17. The unlawful detentions of Mr. Diallo undermined his ability to manage the activities of his companies or whatever was left of them, to recover the debts owed to the companies by the Government of Zaire (DRC), and thus to generate the revenue from which his activities would be compensated. Through his unlawful detentions, and consequent arbitrary expulsion, Mr. Diallo was prevented, as the sole *associé gérant* of the two companies, from promoting and managing the activities of his two companies and from ensuring that their assets and income-generating business could be properly sustained during the period of his illegal incarceration. This prevention had a direct impact on his ability to continue to receive an income from his businesses which suffered from further pertur-

Elle a néanmoins conclu que l'intéressé avait nécessairement subi un tel préjudice du fait de sa détention injustifiée puisque, n'eût été celle-ci, il aurait pu retrouver un emploi et reprendre ses activités. Au nom de l'équité, elle s'est de nouveau refusée à écarter la réclamation au titre du dommage matériel (*Assanidzé c. Géorgie*, requête n° 71503/01, 8 avril 2004, par. 200-201).

15. Cette souplesse n'est pas l'apanage de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a de son côté établi un ensemble de critères bien clairs pour évaluer la perte lorsque les renseignements concernant les revenus réels sont insuffisants ou manquent de fiabilité (voir, par exemple, *Caracazo c. Venezuela*, arrêt du 29 août 2002 (réparations et frais), CIADH, par. 88; *El Amparo c. Venezuela*, arrêt du 14 septembre 1996 (réparations et frais), CIADH, par. 28). Dans l'affaire des *Massacres d'Ituango* (2006), après s'être dite d'avis que le préjudice matériel devait être évalué à l'aune des éléments de preuve permettant de mesurer le dommage réel, elle a néanmoins accordé, en se fondant sur l'équité, une indemnisation en faveur des victimes dont la perte de revenus n'avait pu être chiffrée avec précision (*Massacres d'Ituango*, arrêt du 1er juillet 2006 (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais), par. 371-372).

16. Enfin, à mon grand regret, la Cour ne semble pas avoir tenu compte, dans le présent arrêt comme dans son arrêt sur le fond, du fait que M. Diallo était le principal protagoniste et l'unique associé gérant des deux sociétés qui, bien qu'elles fussent constituées en personnes morales à responsabilité limitée, n'en étaient pas moins unipersonnelles. Comme il est souligné dans l'opinion dissidente que j'ai signée conjointement avec M. le juge Al-Khasawneh en 2010, M. Diallo

> «ne formait, dans la pratique, qu'un avec les deux sociétés. En outre, ses parts sociales ne représentaient pas une petite fraction de sa fortune, elles formaient pratiquement toute sa richesse, de sorte que, en conséquence des mesures prises à son encontre par les autorités congolaises, M. Diallo s'est trouvé réduit à l'état d'indigence.» (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Yusuf, p. 701.)

17. Les détentions illicites de M. Diallo ont entravé sa capacité de gérer les activités de ses deux sociétés ou de ce qu'il en restait, de recouvrer les créances que celles-ci détenaient sur l'Etat zaïrois (RDC) et d'assurer ainsi la production de revenus qui auraient servi à rémunérer ses activités. Ces détentions illicites, tout comme l'expulsion arbitraire qui les a suivies, ont empêché M. Diallo, en tant qu'unique associé gérant des deux sociétés, de développer et de gérer l'activité de celles-ci et de veiller, durant sa détention illicite, à la productivité de leurs actifs et de leurs opérations commerciales. Cet état de fait a eu un effet direct sur sa capacité de continuer à tirer un revenu de ses entreprises, lesquelles ont pâti de la perturbation et de l'interruption de leurs activités. C'est sur le lien de

bation and interruption of their activities. It is the causal link between the unlawful detentions and the material damage suffered by Mr. Diallo during this period in the form of loss of earnings that should have been used by the Court to determine compensation on grounds of equity.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

---

causalité entre les détentions illicites et le dommage matériel subi par M. Diallo pendant cette période, sous forme de perte de revenus, que la Cour aurait dû s'appuyer pour octroyer une indemnisation sur la base de considérations d'équité.

(*Signé*) Abdulqawi A. YUSUF.

DECLARATION OF JUDGE GREENWOOD

1. Although Guinea has brought this case in the exercise of its right of diplomatic protection, the case is in substance about the human rights of Mr. Diallo. The damages which the Court has ordered the Democratic Republic of the Congo ("the DRC") to pay to Guinea are calculated by reference to the loss suffered by Mr. Diallo and are intended for his benefit, not that of the State. As the Court held in its 2010 Judgment, (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Report 2010 (II)*, p. 692), the DRC committed serious violations of Mr. Diallo's human rights. He was unlawfully and arbitrarily detained and expelled from the country in which he had long been resident without any semblance of due process and without being given the opportunity to wind up his affairs before he was forced out of the country. In accordance with long-established legal principle, there can thus be no doubt that the DRC must compensate for the loss and damage which those unlawful acts caused Mr. Diallo. The Parties having failed to agree upon the amount of compensation, Guinea now seeks a total of more than US$11.5 million. The Court has ordered the DRC to pay US$95,000, a sum amounting to less than one per cent of that claim. It is important to be clear about why Guinea has recovered what seems at first sight to be so little.

2. The first reason can be found in the Court's two earlier Judgments in 2007 and 2010. In its Judgment of 24 May 2007 (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 582), the Court held that Guinea lacked standing to claim in respect of alleged infringements of the rights of Mr. Diallo's two companies, Africom-Zaire and Africontainers-Zaire (see *ibid.*, pp. 614-616, paras. 86-94). In its Judgment of 30 November 2010 (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Report 2010 (II)*, p. 693), the Court rejected Guinea's claims for violation of Mr. Diallo's rights as *associé* in the companies (see *ibid.*, pp. 673-690, paras. 99-159). Both of these rulings were based on an application of the principle in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium* v. *Spain)* (*Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 35). At the heart of the *Barcelona Traction* principle is the elementary proposition that the rights, assets and liabilities of a limited company are separate and distinct from those of its shareholders and that a State exercising diplomatic protection of a shareholder may claim only in respect of the rights of the

DÉCLARATION DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

1. Même si c'est dans l'exercice de sa protection diplomatique que la Guinée a saisi la Cour, la présente espèce concerne essentiellement les droits de l'homme de M. Diallo. Les dommages-intérêts que la Cour a ordonné à la République démocratique du Congo (RDC) de verser à la Guinée, et dont le montant a été établi en fonction de la perte subie par M. Diallo, sont destinés à indemniser ce dernier, et non l'Etat auquel il ressortit. Comme la Cour l'a dit dans son arrêt de 2010 (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 692), la RDC s'est rendue coupable de violations graves contre les droits de l'homme de M. Diallo : celui-ci a été, illicitement et arbitrairement, détenu puis expulsé du pays où il résidait depuis longtemps, et ce, sans la moindre possibilité de faire valoir ses droits ou de liquider ses affaires avant son départ forcé. En conformité avec les principes bien établis en droit, il incombe donc sans aucun doute à la RDC de réparer la perte et le dommage qu'ont causés ces faits illicites à M. Diallo. Les Parties n'ayant pu se mettre d'accord sur le montant de l'indemnité, la Guinée a, dans la présente phase de la procédure, réclamé une somme totale de plus de 11,5 millions de dollars des Etats-Unis ; or la Cour vient d'ordonner à la RDC de lui verser 95 000 dollars des Etats-Unis, soit moins de un pour cent de la somme demandée. Il importe d'expliquer clairement pourquoi la Guinée s'est vu octroyer une indemnité qui paraît *a priori* si modeste.

2. La première raison est à rechercher dans les deux arrêts rendus par la Cour en 2007 et en 2010. Dans sa décision du 24 mai 2007 (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 582), la Cour a ainsi dit que la Guinée n'avait pas qualité pour agir relativement aux atteintes qui auraient été portées aux droits des deux sociétés de M. Diallo, Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre (voir *ibid.*, p. 614-616, par. 86-94). Dans son arrêt du 30 novembre 2010 (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 693), elle a rejeté la demande de la Guinée en ce qu'elle avait trait à la violation des droits de M. Diallo en tant qu'associé de ces sociétés (voir *ibid.*, p. 673-690, par. 99-159). Dans les deux cas, la position de la Cour reposait sur le principe établi dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* (*deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 35), principe qui découle du postulat élémentaire voulant que les droits, biens et dettes d'une société à responsabilité limitée sont distincts de ceux de ses actionnaires et que l'Etat auquel ressortit un actionnaire ne peut, dans le cadre de l'exercice de la

shareholder, not those of the company. In its Memorial in the present phase, however, Guinea sought US$4.36 million in compensation for what it claimed was the diminution of the value of Mr. Diallo's shareholding in the companies. Although couched in different language, this claim is in substance the same as the claims already rejected by the Court and thus has to be dismissed.

3. The second reason for the comparatively small sum recovered by Guinea lies in the lack of evidence presented in support of the claim for material damage allegedly sustained by Mr. Diallo. Guinea claimed in excess of US$7 million for loss of earnings and loss of Mr. Diallo's personal property. For Guinea to succeed in that claim, it had to produce evidence which demonstrated that Mr. Diallo had sustained the loss claimed and that that loss had been caused by the unlawful acts of the DRC. Guinea has not, however, produced any evidence to that effect. If one takes the claim for loss of earnings, there is no evidence whatsoever of what Mr. Diallo was earning prior to, or following, his detention and expulsion from the DRC. If, as Guinea maintains, he was being paid a substantial salary as *gérant* of the two companies prior to his arrest, then that fact would have been recorded in the accounts of the companies and, presumably, have been reflected in Mr. Diallo's bank account records and tax records. Guinea has produced none of these documents. Nor has Guinea suggested that they no longer exist or are not accessible to Mr. Diallo, whereas Guinea has produced considerable numbers of documents from the two companies regarding other aspects of the case.

4. Indeed, as the Judgment records (at paras. 42-43), such evidence as there is suggests that, at least by 1995, Mr. Diallo was not in receipt of the income which Guinea now asserts he was receiving and that the two companies were in no position to pay him such an income. In the preliminary objections phase of the case, Guinea asserted, in marked contrast to the position which it now takes, that Mr. Diallo was "already impoverished" before he was detained by the DRC. In particular, Guinea submitted a certificate obtained by Mr. Diallo on 12 July 1995, i.e., some four months before he was first detained, in which he was "declared temporarily destitute, insolvent and lacking any means of subsistence". In the present phase of the proceedings, Guinea has sought to minimize the significance of this document but I do not think it can so easily be dismissed. If it was an honest and accurate statement of Mr. Diallo's affairs, then he was not receiving an income from his companies before he was detained and could not, therefore, have lost that income as a consequence of his detention; if it was not an honest and accurate statement, then it would appear to have been obtained by fraud, in which case it raises serious questions about whether any reliance can be placed upon assertions emanating from Mr. Diallo about his income or assets. In addition, the evidence before the Court at the merits phase of the case establishes that both companies had ceased trading activities several years before

protection diplomatique, demander une indemnisation qu'à raison des droits de ce dernier et non de ceux de la société. Dans le mémoire qu'elle a déposé au cours de la présente phase de l'instance, toutefois, la Guinée a réclamé 4,36 millions de dollars des Etats-Unis au titre de la dépréciation des parts détenues par M. Diallo dans les deux sociétés. Or, si la formulation est différente, cette réclamation recouvre essentiellement celle que la Cour a déjà rejetée, et elle doit en conséquence subir le même sort.

3. La seconde raison qui explique le montant relativement modeste de l'indemnité octroyée à la Guinée réside dans l'insuffisance des preuves présentées à l'appui de la demande formée au titre du dommage matériel censément subi par M. Diallo. La Guinée a réclamé plus de 7 millions de dollars des Etats-Unis à raison de la perte de revenus et de biens personnels subie par l'intéressé. Pour avoir gain de cause sur ce point, il eût fallu qu'elle démontrât que M. Diallo avait effectivement subi la perte alléguée et que celle-ci avait été causée par les faits illicites imputables à la RDC. Or elle n'a produit aucune preuve à cet effet. S'agissant de la perte de revenus, par exemple, il n'y a pas le moindre élément permettant de savoir ce que gagnait M. Diallo avant et après sa détention et son expulsion de RDC. Si, comme le soutient la Guinée, ce dernier avait touché, à titre de gérant des deux sociétés, une rémunération substantielle avant son arrestation, les archives des sociétés et, vraisemblablement, les documents bancaires et fiscaux de l'intéressé auraient pu l'attester. Or, sans pour autant laisser entendre que ces documents avaient disparu ou que M. Diallo n'avait pu y avoir accès, la Guinée n'a produit aucun justificatif de cette nature, alors qu'elle a présenté, s'agissant d'autres aspects de l'affaire, une quantité considérable de documents émanant des sociétés.

4. De fait, comme le relève l'arrêt (par. 42-43), les quelques éléments de preuve disponibles donnent à penser que, du moins en 1995, M. Diallo ne touchait plus les revenus allégués au stade actuel par la Guinée, et que les deux sociétés n'étaient plus en mesure de les lui verser. A l'étape des exceptions préliminaires, la Guinée avait affirmé, au rebours de la position qu'elle a fait valoir dans la présente phase de l'instance, que M. Diallo était «déjà dans le dénuement» avant même d'être mis en détention par la RDC. Elle avait notamment soumis un certificat obtenu par M. Diallo le 12 juillet 1995, soit environ quatre mois avant sa première détention, dans lequel ce dernier était «déclaré indigent temporaire, insolvable et dépourvu de tout appui vital après examen de son dossier». Dans la présente phase, la Guinée a tenté de minimiser l'importance de ce document, mais je ne crois pas que celui-ci puisse être écarté aussi facilement. S'il s'agit d'un constat véridique et exact de la situation de M. Diallo, cela signifie que ce dernier ne tirait pas de revenus de ses sociétés au moment où il a été mis en détention, revenus qu'il ne peut donc avoir perdus en raison de son incarcération. Dans l'hypothèse contraire, le certificat aurait été obtenu de manière frauduleuse, ce qui rendrait hautement suspecte toute déclaration qu'aurait pu faire M. Diallo à propos de ses biens ou de ses revenus. Par ailleurs, les preuves soumises à la Cour au stade du fond établissent que les deux sociétés avaient déjà cessé toute activité commerciale plu-

Mr. Diallo was arrested and expelled, so that it would be surprising, to say the least, if they had been paying him a salary of US$300,000 a year in 1995.

5. In these circumstances, I believe the Court had no option but to dismiss Guinea's claim for loss of earnings. It is not a case in which the Court would have been justified in making an award based on equitable considerations. I accept that such considerations may have a role in claims for material damage where the claimant is unable to produce evidence. However, that is not the case here. Guinea has produced evidence regarding the finances of both Mr. Diallo and the two companies but it is evidence which undermines, rather than sustains, its claim. Equitable principles should not be used to make good the shortcomings in a claimant's case by being substituted for evidence which could have been produced if it actually existed: equity is not alchemy.

6. With one qualification, the same is true of the claim for the alleged loss of Mr. Diallo's personal effects. Most of this claim related to a number of valuable items, such as works of art or jewellery, allegedly taken from Mr. Diallo's apartment. Yet there is no evidence that Mr. Diallo ever owned such items, that they were in his apartment at the time of his expulsion or that they were lost as a result of that expulsion. Nevertheless, it is clear from the record that Mr. Diallo was expelled without being given the opportunity to take care of his personal property and that no attempt was made by the DRC to safeguard his apartment. In these circumstances, I accept that some loss must have been sustained and have voted in favour of the award of US$10,000 in respect of that head of claim.

7. That leaves the claim for non-material or moral damage. An award of compensation is plainly required under this heading. The Judgment (at para. 18) cites the opinion of the umpire in the *Lusitania* cases (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VII, p. 32) that injury for such damage is recoverable in international law. That opinion adds that "[s]uch damages are very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by money standards makes them none the less real" (*ibid.*, p. 40). The nature of such damage means that specific evidence cannot be required and that the assessment of compensation can only be based upon equitable principles. Nevertheless, just as the damages are no less real because of the difficulty of estimating them, so the determination of compensation should be no less principled because the task is difficult and imprecise. What is required is not the selection of an arbitrary figure but the application of principles which at least enable the reader of the judgment to discern the factors which led the Court to fix the sum awarded. Moreover, those principles must be capable of being applied in a consistent and coherent manner, so that the amount awarded can be regarded as just, not

sieurs années avant l'arrestation et l'expulsion de M. Diallo, de sorte qu'il serait pour le moins surprenant qu'elles aient pu lui verser, en 1995, un revenu annuel de 300 000 dollars des Etats-Unis.

5. Dans ces conditions, j'estime que la Cour n'avait d'autre choix que de rejeter la demande de la Guinée au titre de la perte de revenus. Il ne s'agit pas d'une affaire où elle aurait été fondée à s'appuyer sur des considérations d'équité pour octroyer une indemnité. J'admets que de telles considérations puissent intervenir lorsque le demandeur est dans l'impossibilité de fournir les preuves voulues. Cependant, tel n'est pas le cas en l'espèce. La Guinée a bien produit des éléments de preuve en ce qui concerne tant la situation financière de M. Diallo que celle des deux sociétés, mais ces éléments tendent plutôt à battre en brèche qu'à étayer sa position. Les principes d'équité ne sont pas destinés à combler les lacunes du dossier du demandeur, en suppléant à l'absence d'éléments de preuve qui auraient pu être produits s'ils avaient véritablement existé: il ne faut pas confondre équité et alchimie.

6. A une réserve près, il en va de même de la demande formée au titre de la perte de biens personnels qu'aurait subie M. Diallo. La partie la plus importante de cette réclamation concernait un certain nombre d'objets de valeur, tels que des œuvres d'art et des bijoux, qui auraient disparu de l'appartement de M. Diallo. Rien pourtant ne prouve que M. Diallo ait jamais possédé de tels objets, que ceux-ci se soient trouvés dans son appartement au moment de son expulsion ni que leur perte ait été le résultat de cette mesure. Cela dit, il ressort clairement du dossier que M. Diallo a été expulsé sans avoir la possibilité de prendre les dispositions voulues en ce qui concerne ses biens personnels, et que la RDC n'a rien fait pour protéger son appartement. Dans ces conditions, j'admets qu'une perte a été subie, c'est pourquoi je me suis prononcé en faveur de l'octroi d'une indemnité de 10 000 dollars des Etats-Unis pour ce chef de préjudice.

7. Reste alors la demande concernant le dommage immatériel ou moral. A l'évidence, une indemnisation s'impose pour ce chef. L'arrêt (au par. 18) confirme que le préjudice subi à ce titre est indemnisable en droit international, reprenant les propos de l'arbitre saisi des affaires *Lusitania* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 32), qui a observé que les préjudices immatériels «sont très réels [et que] le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels» (*ibid.*, p. 40). Etant donné la nature même de ce type de dommage, on ne saurait exiger d'éléments de preuve spécifiques, et la détermination du montant de l'indemnité ne peut reposer que sur les principes équitables. Cela posé, de même que la difficulté de l'évaluer ne rend pas le dommage moins réel, de même la difficulté et l'absence de critères précis en matière de fixation du montant ne rendent pas moins nécessaire, à cet égard, de procéder selon certains principes. Il ne s'agit pas de choisir un montant arbitraire, mais d'appliquer des principes qui, à tout le moins, permettront au lecteur de l'arrêt de saisir les facteurs qui auront conduit la Cour à arrêter tel ou tel montant. De plus, ces principes doivent être susceptibles d'appli-

merely by reference to the facts of this case, but by comparison with other cases.

8. As this is the first occasion on which the Court has had to assess damages since the *Corfu Channel* case (*United Kingdon* v. *Albania*) (*Assessment of the Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 171), it is entirely appropriate that the Court, recognizing that there is very little in its own jurisprudence on which it can draw, has made a thorough examination of the practice of other international courts and tribunals, especially the main human rights jurisdictions, which have extensive experience of assessing damages in cases with facts very similar to those of the present case. International law is not a series of fragmented specialist and self-contained bodies of law, each of which functions in isolation from the others; it is a single, unified system of law and each international court can, and should, draw on the jurisprudence of other international courts and tribunals, even though it is not bound necessarily to come to the same conclusions.

9. A study of those judgments, however, shows that the sums awarded for moral damage are usually quite small. A few examples must suffice. So far as detention is concerned, the European Court of Human Rights in *Al-Jedda* v. *United Kingdom* (Grand Chamber, application No. 27021/08, judgment No. 27021/08) considered a figure of €25,000 (equivalent to approximately US$36,000 at the rate of exchange on the date of that judgment) sufficient for a detention which lasted more than three years (judgment of 7 July 2011, 147 *International Law Reports* 107). In *Lupsa* v. *Romania* (application No. 10337/04, judgment of 8 June 2006), the same Court considered that a sum of €15,000 (approximately US$19,000 at the rate of exchange on the date of that judgment) was equitable in respect of both moral and material damage in the case of a man who was unlawfully expelled from the respondent State after residing there for fourteen years, during which he had founded a family and established a business in the country. The Inter-American Court of Human Rights in *Gutiérrez-Soler* v. *Colombia* (judgment of 12 September 2005) awarded US$100,000 to a man who had been tortured into signing a false confession, persecuted for an offence he had not committed and separated from his family for so long that he lost all contact with his child for several years. It is also instructive to look at the case of *M/V "Saiga" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines* v. *Guinea)* (judgment of 1 July 1999, 120 *International Law Reports* 143) before the International Tribunal for the Law of the Sea. In that case, Guinea argued that compensation for moral damage in relation to unlawful detention should not exceed US$100 per day. While that figure seems to have been derived from arbitral awards given several decades earlier, it stands in marked contrast to the sums claimed by Guinea in the present case.

cation constante et cohérente, de façon que le montant fixé puisse être considéré comme juste non seulement eu égard aux faits de l'espèce, mais par comparaison avec d'autres affaires.

8. Comme c'est la première fois, depuis l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 171), qu'elle est appelée à chiffrer des dommages-intérêts, il est tout à fait opportun que la Cour, reconnaissant qu'elle a peu à tirer de sa propre jurisprudence en la matière, procède à un examen minutieux de celle d'autres juridictions internationales, surtout les cours spécialisées dans les droits de l'homme, qui ont une grande expérience de l'évaluation de dommages-intérêts dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire. Le droit international n'est pas un ensemble disparate de corps de règles spécialisés et indépendants les uns des autres, mais un système unique et cohérent, au sein duquel chaque juridiction internationale a la possibilité et même le devoir de s'appuyer sur la jurisprudence des autres, sans être pour autant tenue d'aboutir aux mêmes conclusions.

9. L'examen de cette jurisprudence, toutefois, montre que les sommes accordées au titre du dommage moral sont généralement peu élevées; quelques exemples suffiront. Pour ce qui est de la détention, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* (Grande Chambre, requête n° 27021/08, arrêt n° 27021/08), a jugé qu'une somme de 25 000 euros (soit environ 36 000 dollars des Etats-Unis, selon le taux de change en vigueur à la date du prononcé de cet arrêt) était suffisante pour une détention qui avait duré plus de trois ans (arrêt du 7 juillet 2011, *International Law Reports*, vol. 147, p. 107). Dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie* (requête n° 10337/04, arrêt du 8 juin 2006), la même juridiction a statué que la somme de 15 000 euros (environ 19 000 dollars des Etats-Unis, selon le taux de change en vigueur à la date du prononcé de cet arrêt) constituait une indemnité équitable pour les dommages tant moraux que matériels subis par un homme qui avait été expulsé illicitement de l'Etat défendeur, où il avait fondé une famille et mis sur pied une entreprise au cours des quatorze années qu'il y avait passées. De son côté, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a accordé, dans l'affaire *Gutiérrez-Soler c. Colombie* (arrêt du 12 septembre 2005), la somme de 100 000 dollars des Etats-Unis à un homme qui avait été contraint sous la torture à signer de faux aveux, persécuté pour une infraction qu'il n'avait pas commise et séparé de sa famille pendant si longtemps qu'il avait perdu contact avec son enfant durant plusieurs années. Par ailleurs, l'arrêt rendu par le Tribunal du droit de la mer dans l'affaire du *Navire « Saiga » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)* (arrêt du 1er juillet 1999, *International Law Reports*, vol. 120, p. 143) est d'autant plus intéressant que, dans cette affaire, la Guinée faisait valoir que l'indemnité à payer à raison du dommage moral découlant d'une détention illicite ne devait pas dépasser 100 dollars des Etats-Unis par jour. Or ce montant, qui semble avoir été établi à la lumière de sentences arbitrales rendues plusieurs décennies auparavant, est d'un tout autre ordre que les sommes réclamées par la Guinée en l'espèce.

10. I have no doubt that the treatment accorded to Mr. Diallo by the DRC was a serious violation of his human rights which caused substantial moral damage. Four factors seem to be relevant in assessing damages for this violation. First, Mr. Diallo was detained for a total of 72 days, without any semblance of due process or even explanation. Secondly, he was arbitrarily expelled. This breach is more serious than most cases of expulsion, because the DRC was the country in which Mr. Diallo had made his home and his career for over thirty years — almost the whole of his adult life — and in which he had a respected place in business and in society. Thirdly, in its 2010 Judgment, the Court found that Mr. Diallo's expulsion was designed to prevent him from pursuing litigation on behalf of his two companies (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 669, para. 82). Although I did not agree with that conclusion (see pp. 720-723, paras. 18-23 of the joint declaration of Judge Keith and myself), the Court having made that finding, it is plainly a factor which has to be taken into account in the assessment of damages. Lastly, it seems to me appropriate that the award of damages reflects the fact that there has been a considerable delay since the events in question. Mr. Diallo was detained in 1995 and expelled from the DRC at the beginning of 1996; it is now more than sixteen years later. There are various explanations for that delay (including Guinea's request for an extension of time for filing its pleadings) but I accept that the delay is an aggravating factor. All of these factors sustain the finding that Mr. Diallo's treatment caused him suffering, humiliation and loss of reputation and justify a substantial award in respect of moral damage.

11. Nevertheless, the sum awarded by the Court in respect of moral damage is higher than might be expected when one bears in mind the sums awarded by other international courts and tribunals, especially those with the most extensive experience of determining compensation for violations of human rights. I would therefore have been inclined to award a somewhat smaller sum than that determined by the Judgment. I have not voted against paragraph 61 (1) of the Judgment, because my difference with the conclusions reached by the Court is one of degree, rather than principle. Nevertheless, I feel compelled to note that this case is very far from being one of the gravest cases of human rights violations. If US$85,000 is an appropriate sum to compensate for Mr. Diallo's moral damage, the sum which is required in a case where, for example, a person has been tortured or forced to witness the murder of family members would have to be several magnitudes higher.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

10. Je ne doute pas que le traitement infligé par la RDC à M. Diallo constitue une violation grave de ses droits, qui lui a causé un dommage moral considérable. Quatre facteurs me semblent entrer en jeu pour l'évaluation du dommage découlant de cette violation. Premièrement, M. Diallo a été détenu pendant un total de soixante-douze jours, sans la moindre explication ou possibilité de faire valoir ses droits. Deuxièmement, il a été expulsé de manière arbitraire, mesure qui, en l'espèce, est aggravée par le fait que la RDC était le pays où il résidait et travaillait depuis plus de trente ans (soit la presque totalité de sa vie d'adulte), occupant une position respectée dans la société et le milieu des affaires. Troisièmement, dans son arrêt de 2010, la Cour a conclu que l'expulsion de M. Diallo était destinée à empêcher ce dernier d'exercer des poursuites au nom de ses deux sociétés (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 669, par. 82). Il se trouve que je n'étais pas d'accord avec cette conclusion (voir p. 720-723, par. 18-23 de la déclaration commune que le juge Keith et moi-même avons jointe à l'arrêt), mais, puisque la Cour en a décidé ainsi, ce facteur doit de toute évidence être pris en considération dans l'évaluation des dommages. Enfin, il me semble que le montant des dommages-intérêts doit tenir compte du temps qui s'est écoulé depuis les faits en litige. M. Diallo a été mis en détention en 1995 et expulsé de RDC au début de 1996, c'est-à-dire il y a plus de seize ans. Ce retard peut s'expliquer de diverses façons (notamment la prorogation de délai demandée par la Guinée pour le dépôt de ses écritures), mais je reconnais qu'il constitue un facteur d'aggravation. Tout ce qui précède vient appuyer la conclusion voulant que le traitement infligé à M. Diallo lui a causé souffrances et humiliation, et a porté atteinte à sa réputation, ce qui justifie l'octroi d'une indemnité substantielle au titre du dommage moral.

11. Cela dit, la somme octroyée par la Cour à cet égard dépasse ce à quoi on aurait pu s'attendre eu égard aux indemnités accordées par les autres juridictions internationales, en particulier les plus accoutumées à déterminer l'indemnité à verser à raison de violations des droits de l'homme. C'est pourquoi j'aurais été enclin à accorder une somme inférieure à celle qui est fixée par l'arrêt. Je n'ai pas voté contre le point 1 du dispositif, puisque mon désaccord avec cette conclusion de la Cour porte sur une question de degré et non de principe. Quoi qu'il en soit, je me dois de signaler que, parmi les affaires mettant en jeu la violation de droits de l'homme, la présente est loin d'être la plus grave. Si la somme de 85 000 dollars des Etats-Unis constitue une juste réparation du dommage moral subi par M. Diallo, l'ordre de grandeur à envisager dans le cas d'une personne torturée ou forcée d'assister à l'exécution de membres de sa famille devrait être autrement plus important.

(*Signé*) Christopher GREENWOOD.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* MAHIOU

Principes régissant la réparation d'un préjudice résultant d'un acte illicite d'un Etat — Réparation du préjudice immatériel ou moral, du préjudice aux biens personnels et d'autres préjudices matériels (revenus professionnels et pertes de gains) — Fixation du montant des indemnités dues par la RDC à la Guinée au profit de M. Diallo — Délai pour le paiement assorti d'un taux d'intérêt en cas de non-paiement — Frais de procédure.

1. A la suite de l'arrêt du 30 novembre 2010, la Cour avait demandé aux Parties de négocier un accord sur le montant de l'indemnisation, en fixant un délai de six mois à compter du prononcé de l'arrêt pour y parvenir. Apparemment, il n'y a pas eu réellement de négociations, sans doute en raison de divergences trop grandes entre les deux Parties sur le montant de l'indemnisation. Elles se renvoient mutuellement la responsabilité de cet échec, comme cela ressort de leurs mémoires respectifs. Devant cet échec, il revient donc à la Cour de se prononcer sur le bien-fondé des positions en présence en vue de déterminer le montant de l'indemnisation due par la République démocratique du Congo (ci-après la «RDC») à la République de Guinée (ci-après la «Guinée»).

2. Notons que la Cour a rarement eu l'occasion de se prononcer sur la question des indemnisations et notamment sur la fixation de leur montant. Certes, elle avait déjà dégagé les principes devant régir la réparation d'un dommage résultant d'un acte illicite d'un Etat dans la célèbre affaire de l'*Usine de Chorzów*, mais elle n'a eu à les mettre en œuvre effectivement que dans une seule affaire, celle de l'affaire du *Détroit de Corfou*, en vue de fixer le montant de l'indemnisation due par l'Albanie pour les dommages matériels et humains causés par des mines à la marine britannique.

3. Les principes gouvernant l'indemnisation pour les dommages résultant d'actes internationaux illicites sont, pour la plupart d'entre eux, assez bien établis en droit international, en raison des règles découlant tant des conventions internationales que de la jurisprudence de différents tribunaux internationaux (Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de Justice, tribunaux arbitraux et surtout cours régionales des droits de l'homme), ainsi que du projet d'articles de la Commission du droit international (la «CDI») sur la responsabilité des Etats, des travaux de la Commission internationale des droits de l'homme et, enfin, des travaux doctrinaux. Le point qui doit nous préoccuper est de savoir dans quelle mesure ces principes sont susceptibles de s'appliquer dans l'affaire soumise à notre examen et sur quelles bases déterminer l'indemnisation.

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAHIOU

[Translation]

Principles governing reparation of an injury resulting from a wrongful act of a State — Reparation for the non-material or moral injury, the loss of personal property and other material injury (professional remuneration and loss of earnings) — Determination of the amount of compensation due from the DRC to Guinea on behalf of Mr. Diallo — Time-limit for payment and rate of interest payable in case of non-payment — Procedural costs

1. Following the Judgment of 30 November 2010, the Court asked the Parties to negotiate an agreement on the amount of compensation, setting a deadline of six months from the date of the Judgment for them to do so. It would seem that there were no real negotiations, doubtless because the differences between the two Parties on the amount of the compensation were too great. They blame one another for this failure, as can be seen from their written submissions. In light of this failure, it is thus for the Court to rule on the Parties' claims in order to determine the amount of compensation owed by the Democratic Republic of the Congo ("the DRC") to the Republic of Guinea ("Guinea").

2. It should be noted that the Court has seldom had occasion to rule on the issue of compensation, and in particular to determine its amount. While it had already identified the principles which should govern reparation of an injury resulting from an illegal act of a State in the celebrated case of the *Factory at Chorzów*, it has only ever applied them in practice in a single case, the *Corfu Channel*, where it determined the amount of compensation due from Albania on account of the material and personal injury caused by mines to vessels of the British Royal Navy.

3. The principles governing compensation for injury resulting from internationally wrongful acts are, for the most part, quite firmly established in international law, under the rules derived both from international conventions and from the jurisprudence of various international courts and tribunals (Permanent Court of International Justice and International Court of Justice, arbitral tribunals and, above all, regional human rights courts), as well as from the Draft Articles of the International Law Commission ("ILC") on the Responsibility of States, the work of the International Human Rights Commission and, finally, the work of legal commentators. The issue which we must address is the extent to which those principles can be applied to the present case and on what bases compensation should be determined.

4. En fait, le contenu des délibérations sur l'indemnisation était déjà très largement prédéterminé par l'arrêt précité du 30 novembre 2010 par lequel la Cour avait décidé que, pour avoir violé certaines dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de la convention sur les relations consulaires, la RDC était tenue de réparer les préjudices qui en découlaient. Notons d'emblée que la Cour a exclu la réparation en nature qui est logiquement le principe de base pour la réparation du préjudice, depuis le célèbre *dictum* énoncé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*:

> «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47).

5. Etant donné que la Guinée ne demande pas la restitution en nature et que, au demeurant et en l'espèce, celle-ci n'est plus possible, le présent arrêt a pour objet de se prononcer sur le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature en se basant sur les conditions également énoncées dans la même affaire de l'*Usine de Chorzów*, c'est-à-dire en envisageant l'*«allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place» (ibid.)* puisque *«tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international» (ibid.)* (les italiques sont de moi). Cette solution qui fait partie du droit international général a été reprise au premier paragraphe de l'article 36 des articles de la CDI de 2001, aux termes duquel *«[l]'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution»* (les italiques sont de moi). On sait également que, dans le contexte plus précis de la violation des droits de l'homme, les textes et la pratique font peser sur l'Etat fautif l'obligation d'indemniser intégralement la personne lésée.

6. Comment faire en sorte que l'indemnisation aboutisse à la réparation intégrale? La Cour a tenu compte des informations et de la pratique des différentes juridictions précitées ou d'autres organes qui se sont penchés sur le problème. Deux juridictions ont joué un rôle particulièrement important pour préciser les contours de l'indemnisation: la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Leur jurisprudence a fourni une grille de lecture et une source d'inspiration pour la Cour, même si naturellement celle-ci n'est pas liée par les décisions de ces deux cours régionales et que par ailleurs le contexte de la protection diplomatique confère un caractère particulier à la présente affaire. Il n'est pas inutile de rappeler que, selon le principe 20 de la

4. In fact, the substance of the deliberations on compensation was very largely predetermined by the above-mentioned Judgment of 30 November 2010, where the Court had decided that, on account of the violation of certain provisions of the International Covenant of Civil and Political Rights, of the African Charter on Human and People's Rights and the Convention on Consular Relations, the DRC was obliged to make reparation for the resultant loss and injury. It should be noted at the outset that the Court precluded reparation in kind, which has logically been the basic principle for the reparation of injury, since the celebrated dictum of the Permanent Court of International Justice in the case concerning the *Factory at Chorzów*:

> "reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed" (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47).

5. Given that Guinea is not requesting restitution in kind and that, moreover, in this case that is no longer possible, the aim of the present Judgment is to rule on payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear, on the basis of the conditions likewise set out in *Factory at Chorzów*, namely by envisaging *"the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it" (ibid.)*, these being *"the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law" (ibid.)* (emphasis added). This solution, which forms part of general international law, was taken up in Article 36, paragraph 1, of the 2001 ILC Draft Articles, according to which *"[t]he State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution"* (emphasis added). As we also know, in the more precise context of human rights violations, the relevant texts and practice require the culpable State to compensate the injured person in full.

6. How can we ensure that compensation results in full reparation? The Court has based itself on information and practice regarding the various courts and tribunals mentioned above, or other organs which have addressed the issue. Two courts have played a particularly important role in defining the parameters of compensation: the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. Their decisions have provided a reference scale and been a source of inspiration for the Court, even though, of course, the latter is not bound by the decisions of these two regional courts and, moreover, the context of diplomatic protection gives the present case a special character. It may be helpful to recall that, according to Principle 20 of resolution 60/147

résolution 60/147 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2005 sur les principes fondamentaux et directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme,

> «une indemnisation devrait être accordée pour tout dommage résultant de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ... qui se prête à une évaluation économique, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas».

7. Il ressort de la pratique internationale que l'on établit un plancher et un plafond entre lesquels doit se situer l'indemnité, de façon à créer un équilibre entre deux considérations:

— d'une part, garantir que l'indemnité efface toutes les conséquences de l'acte internationalement illicite;
— d'autre part, éviter que l'indemnité ne soit excessive ou ne comporte un caractère punitif.

8. Encore faut-il savoir quels sont exactement les dommages à indemniser et quel montant de l'indemnisation est de nature à réparer intégralement le préjudice subi. C'est sur ce point que l'arrêt se prononce, en retenant, à mon avis, une interprétation particulièrement restrictive des dommages indemnisables qui ne me permet pas d'adhérer pleinement à la solution retenue. Il convient, d'abord, de distinguer entre les dommages subis par l'Etat guinéen et ceux subis par son ressortissant, M. Diallo. Comme l'affaire concerne les droits de l'homme et plus précisément les droits individuels de la victime, je commencerai naturellement par les dommages subis par M. Diallo puisque celui-ci est au cœur du problème dans cette affaire de protection diplomatique. Dans cette perspective, la Cour distingue deux types de préjudice en vue de se prononcer sur leur indemnisation: le préjudice immatériel, ou dommage moral, et le préjudice matériel, qu'elle décompose en un certain nombre de chefs d'indemnisation en fonction des demandes de la Guinée.

I. L'INDEMNISATION DU DOMMAGE IMMATÉRIEL OU PRÉJUDICE MORAL

9. La Cour a dûment constaté un certain nombre de faits, notamment une première détention arbitraire en 1988 qu'elle n'a pas retenue pour invocation tardive par la Guinée, et surtout une détention arbitraire de près de deux mois et demi sans aucune information sur les raisons de celle-ci, sans aucune communication possible avec les autorités guinéennes et sans savoir ce que réservait la suite de la procédure. Il est évident que, outre le désagrément d'être soumis à des conditions de détention aussi désobligeantes que pénibles et désagréables, une telle situation

adopted by the United Nations General Assembly on 16 December 2005 on the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law,

> "compensation should be provided for any economically assessable damage, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, resulting from gross violations of international human rights law . . .".

7. It is apparent from international practice that a floor and a ceiling have to be established, between which the indemnity must lie, so as to create a balance between two considerations:

— on the one hand, to ensure effective compensation for all the consequences of the internationally wrongful act;
— on the other hand, to avoid making compensation excessive, or giving it a punitive character.

8. We still have to ascertain what exactly are the injuries in respect of which compensation is to be made and what is the amount of compensation that would fully make good the damage suffered. It is on this issue that in my view the Judgment adopts a particularly restrictive view of the compensable injuries, as a result of which I am unable to subscribe fully to the solution reached. First, we have to distinguish between the injuries suffered by the Guinean State and those suffered by its national, Mr. Diallo. Since this case concerns human rights, and in particular the individual rights of the victim, I will naturally begin with the injuries suffered by Mr. Diallo, since he is at the heart of the case in these diplomatic protection proceedings. In this regard, the Court distinguishes two types of injury for purposes of ruling on their compensation: non-material or moral injury, and material injury, which it breaks down into a certain number of heads of compensation according to Guinea's claims.

I. Compensation for Non-Material or Moral Injury

9. The Court duly found a certain number of facts, including an initial period of arbitrary detention in 1988, which was disallowed because Guinea pleaded it too late, and above all an arbitrary detention of almost two and half months, with no information as to the grounds for this, no possibility of communicating with the Guinean authorities and no means of knowing what the ultimate outcome might be. It is clear that, quite apart from the unpleasantness of being subjected to conditions of detention as disagreeable as they were painful and distressing, such a situation

engendre une situation d'inquiétude ou d'angoisse d'autant plus intense et stressante pour le détenu qu'il est dans l'incertitude la plus totale sur son sort.

10. Dans le cas d'espèce, le dommage moral découle du comportement des autorités congolaises, qui ont harcelé M. Diallo à partir du moment où il a tenté de recouvrer les créances que lui devaient un certain nombre d'organismes publics ou d'entreprises publiques. Non seulement il a été détenu, mais on a cherché à le disqualifier et à le déstabiliser en tant qu'homme d'affaires, en s'efforçant par divers moyens de porter atteinte à sa réputation et à son honneur, notamment en l'accusant d'avoir soudoyé des agents de l'Etat et des juges, et sans lui permettre de se défendre contre de telles allégations dépourvues de tout élément de preuve. Au demeurant, les juges congolais eux-mêmes n'ont pas donné suite à ces accusations, mais leur formulation et la publicité dont elles ont été l'objet ont eu des conséquences très gravement préjudiciables sur les activités de l'accusé et sur l'avenir de sa présence au Zaïre (actuellement République démocratique du Congo).

11. Il convient de rappeler ici le contexte de l'époque de ces faits où il y avait un régime autoritaire de parti unique, avec une presse entièrement contrôlée par l'Etat qui pouvait lancer ou colporter toutes sortes d'accusations, sans que la personne mise en cause soit en mesure d'avoir quelque moyen de défense afin de répondre pour démentir ou contester les faits qui lui étaient reprochés. Cela avait pour objectif de discréditer M. Diallo auprès de personnes influentes nationales et internationales, parce que l'intéressé avait progressivement tissé un important réseau de relations en vue de faire fructifier les activités des deux sociétés qu'il dirigeait. On sait que, de manière générale, les relations personnelles jouent un rôle considérable pour mener à bien une activité commerciale et la maintenir, et cela est *a fortiori* encore plus vrai en Afrique et dans l'ex-Zaïre, compte tenu de l'importance des rapports humains dans la société africaine et des caractéristiques du système politique prévalant alors dans ce pays.

12. Les démêlés avec les autorités congolaises ont créé une situation préjudiciable qui doit donner lieu à une indemnisation adéquate. Certes, il n'est pas toujours aisé d'en déterminer le montant, dans la mesure où l'on est en présence d'une situation où les éléments subjectifs prédominent sur les critères objectifs. Bien que la pratique internationale et notamment jurisprudentielle fournisse des bases de comparaison avec des variations importantes, c'est à juste titre que la Cour se réfère essentiellement à l'équité afin de parvenir à une indemnisation juste et raisonnable.

13. Non seulement les actes illicites des autorités congolaises ont été une source de souffrances physiques et psychologiques, de contrariété, d'humiliation et de déshonneur pendant les périodes de détention, mais ces souffrances se sont prolongées bien au-delà et elles perdurent encore plus de dix-sept ans après les événements qui les ont déclenchées. En fait, c'est toute une vie qui a été ruinée par les conséquences des deux incarcé-

engenders a sense of anxiety or anguish which is particularly intense and stressful for the detained individual, in that he is in a state of total uncertainty in regard to his future fate.

10. In the present case, the mental harm resulted from the conduct of the Congolese authorities, who began harassing Mr. Diallo as soon as he attempted to recover debts owed to him by certain public bodies or undertakings. Not only was he detained, but it was sought by various means to discredit and undermine him professionally, by besmirching his reputation and his honour, in particular by accusing him of having bribed government officials and judges, without allowing him to defend himself against such allegations, which were not supported by the slightest evidence. As it happened, the Congolese judges themselves did not act on these accusations, but the fact that they had been made and the publicity surrounding them had extremely damaging consequences for the activities of the accused individual, and for his future presence in Zaïre (now the Democratic Republic of the Congo).

11. It is appropriate to recall here the context of the period during which these events took place, when there was an authoritarian, single-party régime, with a press entirely controlled by the State, which could launch or spread all kinds of accusations, without the individual under attack being able to avail himself of any means of defence in order to deny or dispute the acts of which he was accused. The aim was to discredit Mr. Diallo with influential persons at national and international level, because he had gradually built up an important network of relationships in order to reap the profits from the activities of the two companies which he managed. We know that, in general, personal relations play a substantial role in running and maintaining a successful business, and that is *a fortiori* all the more true in Africa and in the former Zaïre, given the importance of human relationships in African society and the characteristics of the political system then obtaining in that country.

12. Mr. Diallo's problems with the Congolese authorities created a prejudicial situation in respect of which he must be paid adequate compensation. It is true that the amount of such compensation is not altogether easy to determine, given that this is a situation where the subjective elements predominate over objective criteria. While international practice, and in particular the practice of courts and tribunals, can provide bases of comparison, albeit with important variations, the Court quite correctly relies essentially on equity in order to arrive at a fair and reasonable amount of compensation.

13. The wrongful acts of the Congolese authorities were a source of physical and psychological suffering, of frustration, humiliation and dishonour, not only during the periods of detention, for those sufferings have continued for long afterwards and still continue today, more than 17 years after the events which triggered them. Indeed, an entire life has been ruined as a result of the two spells of arbitrary imprisonment fol-

rations arbitraires suivies d'une expulsion brutale d'un pays où la victime a résidé pendant trente-deux ans, au point que M. Diallo l'a considéré comme sa seconde patrie. Sur ce point, je souscris à la démarche de la Cour tout en estimant par ailleurs que, même si les sommes d'argent ne parviennent qu'imparfaitement à réparer des préjudices moraux, il aurait sans doute été plus équitable de fixer un montant plus élevé que celui de 85 000 dollars des Etats-Unis. Cependant, cette réticence ne m'empêche pas d'être en accord avec la décision finale de la Cour.

II. L'INDEMNISATION CONCERNANT LES BIENS PERSONNELS

14. Pour l'indemnisation concernant les biens personnels, la Cour s'est trouvée embarrassée pour se prononcer sur l'ampleur et la réalité du préjudice subi par M. Diallo parce que les éléments de preuve fournis par la Partie demanderesse sont bien loin d'être concluants pour ce qui concerne l'ameublement de l'appartement, et sont même absents pour ce qui concerne la liste d'objets de grande valeur et le contenu des comptes en banque.

15. S'agissant du mobilier de l'appartement, il y a certes un inventaire, mais il est approximatif et surtout il est difficile de savoir ce qui a pu se passer entre l'arrestation de M. Diallo et le moment où l'inventaire a été établi, car des biens pourraient avoir été subtilisés pendant cette période. Il ne s'agit pas là simplement de pures spéculations, puisque M. Diallo avait un standing de vie très élevé et entretenait des relations avec beaucoup de personnalités du monde politique et des affaires, ce qui permet de conclure qu'il habitait un appartement confortable et bien meublé. De ce fait, lorsque le paragraphe 36 de l'arrêt fixe à 10 000 dollars des Etats-Unis le montant forfaitaire de l'indemnisation pour le préjudice concernant l'ameublement, il est permis de penser qu'il y a une sous-estimation du montant du préjudice et que son évaluation en équité permettait d'aller au-delà de cette somme retenue par la Cour. Mais, là encore, je me suis finalement rallié à l'argumentation et à la décision de la Cour

16. S'agissant des objets de grande valeur pour lesquels une indemnisation est réclamée, la Partie demanderesse n'a produit devant la Cour qu'une simple liste sans aucun élément de preuve pouvant étayer leur existence effective et leur évaluation. Cela ne signifie pas pour autant que ces objets n'ont pas existé parce que, comme indiqué précédemment, M. Diallo avait un standing de vie très élevé avant de connaître les tourments ayant entraîné non seulement la ruine de ses sociétés, mais aussi et surtout sa ruine personnelle; il n'aurait donc pas été déraisonnable de donner crédit à l'affirmation de la possession des biens mentionnés dans la liste. Aussi, tout en comprenant que, devant l'absence de toute preuve, la Cour ne puisse se fonder sur la seule et simple affirmation de la Partie demanderesse, elle aurait pu ne pas rejeter purement et simplement la demande; en effet, dans la mesure où sa décision est basée sur l'équité, elle aurait pu allouer à titre symbolique une somme forfaitaire d'un mon-

lowed by a brutal expulsion from a country where the victim had lived for 32 years, to the point where Mr. Diallo looked upon it as a second homeland. On this issue, I agree with the Court's approach, while taking the view that, even if no sum of money can truly make full reparation for mental harm, it would certainly have been fairer to award a sum greater than US$85,000. However, notwithstanding these misgivings, I am in agreement with the Court's final decision.

II. Compensation in respect of Personal Property

14. In regard to compensation for personal property, the Court has found itself in some difficulty in ruling on the extent and reality of the loss suffered by Mr. Diallo, because the evidence provided by the Applicant is far from conclusive in respect of the contents of the apartment, and indeed totally lacking in relation to the list of valuable items and the contents of the bank accounts.

15. For the contents of the apartment, there is admittedly an inventory, but it is very approximate and, in particular, it is difficult to determine what could have happened between Mr. Diallo's arrest and the time when it was drawn up, since items could have been removed during that period. This is not simply pure speculation, for Mr. Diallo enjoyed a very high standard of living and had contacts with many personalities in the political and business world, which would lead one to believe that he was living in a comfortable, well-furnished apartment. For that reason, while paragraph 36 specifies a lump sum of $10,000 as compensation for the loss concerning the contents, it may be felt that this is an underestimate of the amount of the loss and that, in equity, it could be valued at an amount higher than that decided on by the Court. However, here again, I have finally accepted the Court's reasoning and decision.

16. In regard to the particularly valuable items in respect of which compensation is claimed, all that the Applicant has produced to the Court is a simple list, without any evidence to confirm the items' actual existence and value. That does not necessarily mean that those items did not exist, since, as previously stated, Mr. Diallo enjoyed a very high standard of living before encountering the troubles which led not only to the ruin of his companies, but also to his own personal ruin. It thus would not have been unreasonable to give credit to his claim to possession of the property mentioned in the list. Indeed, while it is understandable that, in the absence of any evidence, the Court could not base itself purely and simply on the Applicant's affirmation, it would have been possible for it not to dismiss the claim outright; given that its decision is based on equity, the Court could have made a symbolic award of an appropriate lump-sum amount. The Court did not consider that it should do so and,

tant adéquat. La Cour n'a pas estimé devoir le faire et, tout en exprimant ma réserve, je n'ai pas voté contre la solution retenue.

III. Les pertes de revenus professionnels et de potentiel de gains

17. A propos de ce chef de réclamation, il est permis de regretter que la demande de la Guinée soit non seulement disproportionnée et manifestement excessive, mais, en outre, donne une interprétation de l'arrêt de la Cour de 2010 qui va au-delà de ce qu'il énonce en voulant réintégrer des dommages concernant les pertes subies par les deux sociétés dirigées par M. Diallo alors que la Cour n'a pas retenu ces dommages et qu'elle a rejeté, par voie de conséquence, leur éventuelle indemnisation. La Cour ne peut alors, naturellement et logiquement, que tirer les conclusions de son précédent arrêt en rejetant la demande d'indemnisation pour tout ce qui concerne les éventuels dommages concernant les sociétés elles-mêmes.

18. Il reste que, si les préjudices subis par les deux sociétés sont hors du champ du présent débat, M. Diallo tirait des revenus professionnels au titre d'employé de ces sociétés dont il était le gérant. Or, le fait de l'avoir détenu à deux reprises plus de deux mois pour l'expulser ensuite l'a privé de l'exercice de ses fonctions de gérant et des revenus auxquels il avait droit à ce titre. Il me semble qu'il aurait été logique et équitable de prendre en considération cette perte de revenus pour l'indemniser. En effet, un gérant qui est en même temps associé est considéré comme un travailleur non salarié et, à ce titre, il perçoit une rémunération dès lors qu'il exerce effectivement ses fonctions. Cette solution prévaut même si l'associé est majoritaire ou s'il est associé unique, comme dans le cas d'espèce, car le droit maintient la fiction d'une société privée à responsabilité limitée (SPRL), qui est le statut des deux sociétés gérées par M. Diallo. Bien que la Guinée n'apporte pas de preuve sur le montant de la rémunération qui s'attache aux fonctions de gérant des deux sociétés, il est possible de déduire en équité un montant raisonnable au lieu de rejeter purement et simplement la demande comme le fait la Cour, et je ne peux donc adhérer à une solution aussi tranchée pour une raison logique et de bon sens. En effet, alors même que M. Diallo était détenu, il devait nécessairement bénéficier de certains revenus, à un titre ou à un autre, ne serait-ce que pour pourvoir à diverses dépenses objectives comme le loyer de l'appartement dont il disposait, les honoraires d'avocats plaidant sa cause, les frais courants de la vie quotidienne, y compris son alimentation en prison puisque les détenus n'étaient pas nourris, etc. Même si le montant de l'indemnisation réclamée par la Guinée est très manifestement disproportionné et s'il est malaisé d'évaluer le montant de ces revenus, il était loisible pour la Cour de prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce pour accorder une indemnisation appropriée, et il m'est donc difficile de comprendre la solution radicale de rejet retenue dans le para-

while expressing my misgivings, I have not voted against the solution adopted.

III. The Loss of Professional Remuneration and Potential Earnings

17. In regard to this head of damage, it may be regretted that Guinea's claim is not only disproportionate and manifestly excessive, but, furthermore, that it interprets the Court's Judgment of 2010 in a way that goes beyond what it states, in seeking to include losses suffered by the companies managed by Mr. Diallo, whereas the Court excluded such losses and consequently rejected the possibility of any compensation therefor. It follows that the Court is bound, naturally and logically, to act in accordance with its previous Judgment and to dismiss the claim for compensation in respect of all items relating to any losses of the companies themselves.

18. The fact remains that, while the losses suffered by the two companies are excluded from the scope of the present discussion, Mr. Diallo was receiving remuneration as an employee of those companies, of which he was the *gérant*. The fact that he was twice detained for over two months and then expelled meant that he was unable to exercise his functions as *gérant* and deprived him of the income to which he was entitled as such. It seems to me that it would have been logical and fair to allow for that loss of income and to compensate him on that account. A *gérant* who is at the same time an *associé* is regarded as working on a self-employed basis, and on that basis he receives remuneration as long as he is effectively carrying out his duties. That is the case even where the *associé* is the majority or sole shareholder, as in the present case, for the law maintains the fiction of a private limited company (*société privée à responsabilité limitée* (SPRL)), which was the status of the two companies managed by Mr. Diallo. Although Guinea provides no evidence on the amount of the remuneration attaching to the duties of *gérant* of the two companies, it is possible to calculate a reasonable amount in equity, rather than dismissing the claim outright, as the Court does, and, for reasons of logic and common sense, I therefore cannot subscribe to such a clear-cut solution. Thus, even while in detention, Mr. Diallo was necessarily entitled to a certain income, on some basis or other, whether in order to pay various unavoidable expenses, such as the rent for his apartment, the fees of the lawyers acting on his behalf, everyday living expenses, including his food in prison, since detainees were not provided with food, and so on. While the amount of compensation claimed by Guinea is quite clearly disproportionate, and it is not easy to put a figure on the amount of such income, it was open to the Court to take account of the particular circumstances of the case and award an appropriate amount of compensation; it is thus difficult to understand the radical solution adopted in paragraph 46

graphe 46 de l'arrêt : c'est pourquoi, à mon grand regret, je ne puis souscrire à ce rejet pur et simple.

IV. Les frais de procédure

19. Enfin, s'agissant des frais encourus pour l'assistance en justice, notons d'abord qu'avec ce chef d'indemnisation on quitte la situation personnelle de M. Diallo pour passer à une autre situation impliquant l'Etat guinéen. En effet, avec la mise en œuvre de la protection diplomatique, c'est l'Etat guinéen qui est demandeur dans la présente affaire et qui a engagé les frais adéquats pour défendre les droits et intérêts de son ressortissant.

20. Dans cette affaire, la Guinée a obtenu partiellement gain de cause sur la recevabilité de la requête avec l'arrêt du 24 mai 2007, qui a rejeté l'exception d'irrecevabilité pour la protection des droits propres de M. Diallo et accepté ladite exception pour la protection des droits des sociétés dont il était le propriétaire et le responsable. La Guinée a également et partiellement obtenu gain de cause sur les violations des droits propres de M. Diallo avec l'arrêt du 30 novembre 2010. Elle a enfin obtenu gain de cause, entièrement, sur le principe de l'indemnisation du dommage moral et, partiellement, sur le principe de l'indemnisation de certains dommages matériels. Dans ces circonstances, pour une question à la fois de principe et d'équité, il me semble qu'il aurait été raisonnable d'accorder le remboursement d'un montant modeste des frais exposés dans cette troisième et dernière phase d'une procédure dont la durée totale avoisine quatorze années, puisqu'elle a commencé en décembre 1998 pour s'achever en juin 2012. C'est donc pour cette raison de principe et d'équité que je n'ai pas voté en faveur du dispositif de la Cour sur ce point.

(Signé) Ahmed Mahiou.

of the Court's Judgment, and that is the reason why, to my great regret, I cannot accept that the claim should be dismissed outright in this way.

IV. The Procedural Costs

19. Finally, regarding the costs incurred in respect of legal representation, it should first be noted that, under this head of compensation, we pass from Mr. Diallo's personal situation to that involving the Guinean State. Thus it is the Guinean State, acting on the basis of diplomatic protection, which is the Applicant in the present case and which has incurred the costs required in order to defend the rights and interests of its national.

20. In this case, Guinea was partially successful in regard to the admissibility of the Application, in that the Judgment of 24 May 2007 dismissed the objection to admissibility in relation to the protection of Mr. Diallo's personal rights, and upheld it in relation to the protection of the rights of the companies owned and managed by him. The Judgment of 30 November 2010 was also partially favourable to Guinea in regard to the violations of Mr. Diallo's personal rights. Finally, Guinea was totally successful on the principle of compensation for the non-material injury, and partially successful on the principle of compensation for certain of the material injuries. In these circumstances, it seems to me that, both in principle and in equity, it would have been reasonable to allow the reimbursement of a modest proportion of the costs incurred in this third and final phase of proceedings which have lasted for a total period of close to 14 years, having commenced in December 1998 and terminated in June 2012. It is thus for this reason of principle and equity that I have not voted in favour of the Court's operative clause on this point.

(Signed) Ahmed Mahiou.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* MAMPUYA

Le montant de l'indemnité au titre du préjudice moral calculé par la Cour est exorbitant et n'est pas proportionnel au préjudice subi par M. Diallo — Les principes régissant la fixation du montant de la réparation en droit international doivent s'appliquer avec la même rigueur à la réparation pour préjudice moral — L'obligation générale de réparation intégrale ne doit pas comporter un caractère punitif ni exemplaire — Le montant de l'indemnisation ne doit représenter que la juste compensation du dommage subi — La jurisprudence constante des cours des droits de l'homme, des tribunaux arbitraux et des commissions de réclamations montre que ces juridictions respectent le principe de proportion au moment de fixer le montant de la réparation — Les indemnités au titre de préjudice moral accordées par ces juridictions pour des violations des droits de l'homme plus graves que celles subies par M. Diallo sont inférieures à celles accordées à M. Diallo — Les conditions qui ont entouré les détentions et l'expulsion de M. Diallo ne constituent pas des circonstances aggravantes justifiant le montant excessif au titre du préjudice moral — Des principes applicables pour réparation du préjudice matériel — La preuve de l'existence du préjudice matériel ainsi que le lien de causalité entre le préjudice et le comportement illicite de l'Etat responsable s'avèrent fondamentaux pour l'établissement de l'indemnisation — La Guinée n'a pas apporté de « preuves suffisantes » établissant le dommage matériel allégué par M. Diallo sous la forme de perte de biens personnels — Le principe d'équité auquel d'autres juridictions ont fait appel dans leur jurisprudence n'est applicable qu'aux fins d'estimation de la valeur devant servir de base au calcul du montant de l'indemnisation — La Guinée n'a pas démontré un lien de causalité entre le préjudice matériel pour perte des biens personnels allégué par M. Diallo et le comportement de la RDC — Les cours des droits de l'homme se montrent plus exigeantes en matière de preuves et demandent un lien de causalité directe avec les faits incriminés — Bien que l'existence de biens personnels de M. Diallo ait été prouvée par l'inventaire, la Guinée n'a pourtant pas démontré que certains autres biens aient existé en dehors de ceux énumérés dans l'inventaire ni que ces biens avaient été perdus ou que leur perte était imputable à la RDC — Le montant de 10 000 dollars des Etats-Unis, fixé par la Cour, pour préjudice matériel ne repose sur aucun fondement juridique.

J'ai franchement adhéré, sur leur principe, aux principales conclusions retenues dans l'arrêt que la Cour a rendu pour enfin clore, par la fixation du montant de l'indemnisation découlant de la reconnaissance de la responsabilité internationale de la RDC pour fait internationalement illicite à raison de la violation des droits individuels de M Diallo, cette affaire qui dure depuis 1998. J'aurais bien voulu être d'accord avec la majorité de la Cour sur l'ensemble des points en discussion ; malheureusement, je n'ai pu suivre la majorité sur deux points du dispositif, qui en comporte six. Voilà ce qui justifie les explications que je me dois de présenter dans cette opinion, non, bien évidemment, pas dissidente mais individuelle.

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAMPUYA

[Translation]

The amount of compensation calculated by the Court in respect of the moral injury is excessive, and disproportionate to Mr. Diallo's suffering — The principles governing the assessment of pecuniary reparation in international law should be applied with the same rigour to reparation for moral injury — The general obligation to make full reparation should not have a punitive or exemplary character — The pecuniary award should simply represent fair compensation for the injury sustained — The established jurisprudence of the human rights courts, arbitral tribunals and claims commissions shows that these organizations adhere to the principle of proportionality when determining the amount of reparation — The amounts awarded by those bodies in respect of moral injury resulting from graver human rights violations than those suffered by Mr. Diallo are smaller than that awarded to Mr. Diallo — The conditions which surrounded Mr. Diallo's detentions and expulsion do not constitute aggravating circumstances justifying the excessive award for moral injury — The applicable principles for reparation of material injury — Evidence of the existence of the material injury and of the causal link between the injury and the wrongful conduct of the responsible State is essential in order to establish the right to compensation — Guinea has failed to provide "sufficient proof" *establishing the material injury allegedly suffered by Mr. Diallo in the form of loss of personal property — The principle of equity to which other courts have referred in their jurisprudence is only applicable for the purpose of estimating the value to be used as the basis for calculating the amount of compensation — Guinea has not demonstrated that there is a causal link between the material injury resulting from the loss of personal property alleged by Mr. Diallo and the conduct of the DRC — The human rights courts are more exacting in respect of evidence and require that there be a direct causal link with the alleged offences — While the existence of Mr. Diallo's personal property has been proved by the inventory, Guinea, however, has failed to demonstrate that certain other property, in addition to that recorded in the inventory, existed, or that this property was lost or that its loss was imputable to the DRC — The sum of US$10,000 fixed by the Court for the material injury has no legal basis.*

I firmly supported the principle of the main conclusions adopted in the Judgment rendered by the Court, in order to finally bring an end to this case, which has been ongoing since 1998, by fixing the amount of compensation owed as a result of its finding that the international responsibility of the DRC is engaged by internationally wrongful acts which violated Mr. Diallo's individual rights. I would very much have liked to have agreed with the majority of the Court on all of the points under discussion; unfortunately, I could not subscribe to two of the six points of the operative clause. Hence the explanations I am obliged to set out in this opinion, which is quite clearly not dissenting, but separate.

1. Il s'agit d'abord d'un point d'appréciation en relation non avec le principe, mais avec l'évaluation du montant, pour moi d'une hauteur injustifiée, de l'indemnisation due par la RDC à la Guinée pour le préjudice moral, ou «immatériel», subi par M. Diallo à la suite de ses détentions et expulsion par les autorités du défendeur. J'ai exprimé mon désaccord sur un deuxième point: il s'agit d'un point de droit concernant la base juridique, pour moi inexistante en l'absence de toute preuve, de l'indemnisation allouée au titre de préjudice matériel du fait de la perte de biens personnels de M. Diallo. Ma divergence avec la majorité de la Cour sur ce point ainsi que mon vote subséquent s'expliquent du fait qu'il s'agit d'une importante question juridique de principe, nullement en raison du montant, du reste modeste, de l'indemnité accordée de 10 000 dollars des Etats-Unis, mais au regard de l'importante question de l'administration de la preuve en matière de réparation.

2. Etant entendu que, depuis son arrêt sur la fixation du montant de l'indemnisation dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 244 et suiv.), c'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur la fixation de l'indemnisation due par un Etat au titre de la responsabilité internationale de celui-ci pour fait internationalement illicite; la Cour ne peut se référer qu'à la riche expérience d'autres juridictions, y compris celle des tribunaux d'arbitrage et de réclamations. La pratique la plus exemplaire, à cet égard, est celle des deux cours régionales des droits de l'homme: la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), mais aussi celle du Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran. L'abondante jurisprudence de ces juridictions a permis de dégager les principes qui, aujourd'hui, président à l'examen de toutes les questions soulevées par la détermination de la réparation et la fixation de l'indemnisation due par un Etat en matière de responsabilité internationale.

3. Ce sont donc cette jurisprudence et ces principes qui, selon la Cour elle-même, devraient la guider aussi bien pour la réparation en général que pour la fixation du montant de l'indemnisation. Or, l'analyse que j'ai faite du présent arrêt à la lumière de ces sources me conduit à constater que, finalement, la Cour ne s'en est pas inspirée.

4. Je commencerai mon exposé par la question, facile parce que de simple appréciation de fait, de la détermination du montant de l'indemnisation dû au titre du préjudice immatériel ou moral. Cela pour démontrer que la Cour n'a pas respecté les quelques principes dégagés par la jurisprudence constante, en fixant un montant qui s'avère nettement exorbitant au regard de ce que pratiquent toutes les autres juridictions, y compris celles spécialisées dans la sauvegarde des droits de l'homme, pourtant en principe les plus favorables aux victimes.

5. C'est après cela que j'expliquerai plus longuement ma vision sur la décision de la Cour d'octroyer une indemnité, peu importe son montant,

1. Firstly, I disagree with the finding relating not to the principle of the compensation owed by the DRC to Guinea for the moral — or "non-material" — injury suffered by Mr. Diallo following his detentions and expulsion by the Respondent's authorities, but to the assessment of the amount of that compensation, which, in my view, is unjustifiably high. I have also expressed my disagreement with a second point: a point of law concerning the legal basis of the compensation awarded for the material injury caused by the loss of Mr. Diallo's personal property, a basis which, to my mind, in the absence of any evidence, does not exist. I opposed the majority of the Court on this point, and voted accordingly, because there is an important legal question of principle at issue: not in view of the amount of compensation awarded, which at US$10,000 is a modest sum, but in view of the significant evidentiary issue in relation to reparation.

2. This is the first time since its Judgment fixing the amount of compensation in the case concerning the *Corfu Channel (United Kingdom* v. *Albania) (Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, pp. 244 *et seq.*) that the Court has been called upon to decide the compensation owed by a State whose international responsibility is engaged by internationally wrongful acts; the Court, therefore, has no choice but to refer to the rich experience of other courts, including that of arbitration and claims tribunals. The most illustrative practice in this regard is that of the two regional human rights courts — the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) — as well as that of the Iran-United States Claims Tribunal. The abundant case law of these courts has enabled principles to be identified, which today govern the examination of any questions raised by the assessment of the reparation and the fixing of the compensation owed by a State whose international responsibility is engaged.

3. It is, therefore, this case law and these principles which, according to the Court itself, should guide it in its approach to reparation in general and in fixing the amount of compensation. However, my analysis of the present Judgment, carried out in the light of these sources, leads me to conclude that they have not, in fact, been taken into account by the Court.

4. I will begin by addressing the question of the determination of the amount of compensation owed for the non-material or moral injury — a straightforward exercise, because it amounts simply to an assessment of the facts. In so doing, I will demonstrate that the Court has failed to respect those principles which have emerged from the established jurisprudence, by fixing an amount which is clearly excessive in view of the practice of all the other courts, including those specializing in the safeguarding of human rights, although these are, in principle, the most favourable to the victims.

5. I will then explain in more detail my view of the Court's decision to award Guinea compensation — whatever the amount — for "material

à la Guinée pour «préjudice matériel» du fait de la perte alléguée par M. Diallo des biens de ce dernier à la suite de ses détentions et expulsion par la RDC en janvier 1996. Je démontrerai que cette indemnisation n'a aucune espèce de fondement juridique, aucune justification, faute pour la Guinée d'avoir prouvé l'existence du préjudice, preuve qui, sans être une condition de la responsabilité, laquelle découle directement de la commission du fait internationalement illicite, n'en est pas moins la base incontournable de la réparation et la mesure de l'indemnité à allouer. Cette preuve devait, notamment, démontrer que M. Diallo avait effectivement possédé et perdu les biens en question et que leur perte était imputable à la RDC comme la conséquence directe des détentions et expulsion illicites du ressortissant guinéen par cet Etat.

I. Montant exagéré de l'indemnité pour préjudice immatériel (psychologique ou moral)

6. Il est incontestable que M. Diallo a subi un préjudice moral du fait de ses arrestations et expulsion déclarées illégales et arbitraires par la Cour dans son arrêt du 30 novembre 2010 (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 692, par. 165, points 2, 3 et 4 du dispositif) et que, pour cela, une réparation sous forme d'indemnisation lui est due. Le problème qui se pose est celui du montant d'une «indemnisation appropriée».

7. A cet égard, le montant réclamé par la Guinée (250 000 dollars des Etats-Unis) est manifestement disproportionné au regard de la pratique en cette matière (même de la part des tribunaux internes) et de la nature du préjudice (purement moral et psychologique), à propos duquel la jurisprudence a dans certains cas, notamment lorsqu'il s'est agi de réparer au profit des Etats, souvent limité la réparation à la satisfaction et à un «jugement déclaratoire», comme l'arrêt de fond du 30 novembre 2010 en a jugé concernant la violation par la RDC de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (*ibid.*, p. 691, par. 161, et p. 693, point 7 du dispositif). Certes, la Cour elle-même a trouvé exagérées et disproportionnées les prétentions guinéennes de 250 000 dollars des Etats-Unis (voir le présent arrêt, par. 10), parce qu'elle ne suit pas la Guinée sur ce point. Mais l'indemnisation de 85 000 dollars des Etats-Unis qu'elle lui accorde va bien au-delà des sommes pratiquées jusque-là pour des violations semblables et même plus graves visant des obligations comparables. Certes, le préjudice moral ne peut se mesurer; on peut même affirmer qu'il n'a pas à se prouver, à strictement parler, parce qu'il est inhérent à la condition humaine en situation de violation des droits. Mais il existe tout de même une aune à laquelle mesurer un tel dommage dans le cas d'espèce, au regard de ses circonstances spécifiques, laquelle ne peut résider que dans les conditions qui ont entouré les détentions et l'expulsion de M. Diallo.

8. De la jurisprudence et de la pratique se dégagent un certain nombre de principes présidant à la fixation du montant de l'indemnité. Au nombre

injury" caused by Mr. Diallo's alleged loss of his property following his detentions and expulsion by the DRC in January 1996. I will demonstrate that this award of compensation has no legal basis and no justification, since Guinea has failed to provide evidence of the existence of the injury; such evidence, although not a condition of responsibility — which derives directly from the commission of the internationally wrongful act — is nevertheless the indispensable basis for the award of reparation and the measure of the amount of compensation to be awarded. In particular, such evidence should show that Mr. Diallo did in fact possess and lose the property in question, and that its loss was imputable to the DRC as a direct consequence of the wrongful detentions and expulsion of the Guinean national by that State.

I. Excessive Amount of Compensation for Non-Material (Mental or Moral) Injury

6. It is not disputed that Mr. Diallo sustained moral injury as a consequence of his arrests and expulsion, which were declared unlawful and arbitrary by the Court in its Judgment of 30 November 2010 (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 692, para. 165, points 2, 3 and 4 of the operative clause), or that he is therefore entitled to reparation in the form of compensation. The problem is the amount of the "appropriate compensation".

7. In this connection, the amount claimed by Guinea (US$250,000) is clearly disproportionate given the practice in this area (even by domestic courts) and the nature of the injury (purely moral and mental), in respect of which, in certain cases, particularly those concerning reparation to States, reparation has often been limited to satisfaction and to a "declaratory judgment", for example, the finding in the Judgment on the merits of 30 November 2010 that the DRC had violated Article 36, paragraph 1 *(b)* of the Vienna Convention on Consular Relations (*ibid.*, p. 691, para. 161 and p. 693, point 7 of the operative clause). It is clear that the Court also considered Guinea's claim of US$250,000 (see para. 10 of the present Judgment) to be both excessive and disproportionate, because it did not accede to Guinea's request on this point. Nevertheless, the US$85,000 compensation which it has awarded is significantly higher than the amounts awarded to date for similar and even more serious violations of comparable obligations. Of course, moral injury cannot be measured. One can even argue that, strictly speaking, it does not have to be proved, because it is inherent to the human condition when subjected to a violation of rights. However, there is nevertheless a standard by which to measure such injury in the present case which, in view of its specific circumstances, can only be the conditions surrounding Mr. Diallo's detentions and expulsion.

8. From the case law and practice a certain number of principles emerge, which govern how compensation should be measured. Among these is the

de ces principes figure celui, incontestable, selon lequel, si l'indemnisation a pour mission première de remédier aussi intégralement que possible à toutes les formes de pertes subies par suite d'un fait internationalement illicite, elle n'a certainement pas pour but de punir l'Etat responsable et ne doit pas non plus avoir un caractère expressif ou exemplaire. La CDI avait déjà retenu cette idée dès ses premiers rapports sur la responsabilité des Etats, citant la doctrine, notamment Jiménez de Aréchaga: «les dommages-intérêts à caractère punitif ou exemplaire sont incompatibles avec l'idée qui est à la base du devoir de réparation» (E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsibility», *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, cité dans les documents des Nations Unies A/CN.4/425 & Corr. and Add.1 & Corr.1, *Deuxième Rapport sur la responsabilité des Etats*, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, 1989, par. 24). Elle la reprend dans son Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, d'abord en commentant l'article 36 relatif à l'indemnisation, puis à propos de l'article 37, paragraphe 3, qui, pour la satisfaction, fixe la même limite: «[l]a satisfaction ne doit pas être *hors de proportion avec le préjudice* et *ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'Etat responsable*» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II; J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, «Commentary under Article 36», p. 219, et p. 231 et 234; les italiques sont de moi). Ce principe de proportion entre la réparation, quelle qu'en soit la forme, et le préjudice est bien établi, faisant de ce dernier la mesure du niveau ou du montant de l'indemnisation, afin que cette dernière ne représente que la juste compensation du dommage subi. L'indemnité ne doit donc pas dépasser le niveau de la compensation, même s'il est tentant, dans le domaine des droits de l'homme, où l'on considère les violations comme particulièrement choquantes et insupportables pour la dignité de la personne, de dépasser ce niveau, soit pour punir l'Etat ayant ainsi méconnu la valeur de l'humanité, soit, par l'exemplarité ou le caractère spectaculaire, pour intimider ou dissuader les autres Etats de se comporter de la même manière.

9. Certes, toute réparation, surtout pécuniaire, comporte en elle-même un élément de dissuasion, mais c'est un élément inhérent à la réparation dans son principe même, comme la sanction pénale revêt un caractère nécessairement punitif et donc intimidant, sans pour autant procéder d'une volonté de vengeance publique contre le délinquant. Mais la réparation va au-delà de cet aspect et de ce rôle inhérents de dissuasion lorsque, notamment, son montant ne correspond plus à une compensation aussi complète, mais en même temps aussi exacte que possible, de la hauteur du préjudice à réparer; tel est le cas d'une indemnisation manifestement trop élevée. Il est vrai, par ailleurs, qu'un préjudice moral ne peut se mesurer en valeur monétaire, mais, l'argent étant, comme il a été dit, «la commune mesure de toutes les valeurs» (Grotius), parce qu'il faudra ainsi compenser le préjudice par des sommes d'argent, le juge ne dédaignera pas de s'inspirer de la pratique des autres juridictions et arbitres,

undeniable principle that, while the primary aim of compensation is to remedy as fully as possible all forms of loss suffered as a result of an internationally wrongful act, compensation is in no sense intended to punish the responsible State, and nor should it be of an expressive or exemplary nature. This approach was adopted by the ILC from its very first reports on State responsibility, citing, *inter alia*, from the work of Jiménez de Aréchaga: "punitive or exemplary damages . . . are incompatible with the basic idea underlying the duty of reparation" (E. Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", *Manual of Public International Law*, London, Macmillan, 1968, cited in UN doc. A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, *Second Report on State Responsibility*, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, 1989, para. 24). That principle is incorporated in the ILC's Draft Articles on State Responsibility, first in the commentary on Article 36 relating to compensation and then in Article 37, paragraph 3, in respect of satisfaction: "[s]atisfaction shall not be *out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State*" (*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II; J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, "Commentary under Article 36", p. 219 and pp. 231 and 234; emphasis added). This principle of proportionality between the reparation, whatever form it takes, and the injury, is well established: the extent of the injury should be the measure of the level or amount of the compensation, thus ensuring that the latter simply represents fair compensation for the injury suffered. A pecuniary award should not exceed the level of compensation, even though there is a temptation in respect of human rights violations — which are regarded as particularly shocking and offensive to human dignity — to go beyond this, either to punish the State responsible for those violations or, by making an exemplary or spectacular award, to intimidate other States and discourage them from similar conduct.

9. Of course, all reparation, particularly pecuniary reparation, entails an element of dissuasion, but this element is inherent to the principle of reparation, just as criminal punishment is necessarily punitive and therefore intimidating, yet does not reflect a desire to punish the offender publicly. However, reparation goes beyond this inherently dissuasive aspect and function when the sum awarded no longer corresponds to an amount of compensation reflecting not only as fully as possible, but at the same time as precisely as possible, the scale of the injury for which reparation must be made; such is the case of compensation which is clearly excessive. It is true, moreover, that a moral injury cannot be measured in monetary terms, but money is, as the saying goes, "the common measure of valuable things" (Grotius), and since the injury must therefore be compensated by sums of money, a court should not decline to be guided by the practice of other courts and arbitral bodies, whose decisions may be

dont les décisions peuvent être regardées comme une indication du niveau moyen des sommes allouées pour «soulager» le préjudice moral des victimes ou de leurs proches.

10. C'est ce qui explique que même la Cour interaméricaine des droits de l'homme, si bienveillante et si généreuse à l'égard des demandes d'indemnisation des victimes de violations des droits de l'homme, a adopté ce principe de proportion dès son tout premier arrêt en matière de réparations, dans l'affaire *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* (arrêt du 21 juillet 1989 (réparations et frais), par. 38), devenu la référence en la matière, où elle a déclaré que le droit international ne reconnaissait pas de réparation à caractère pénal contre les Etats. Ce n'est pas que les «dommages-intérêts punitifs» *(punitive damages)* soient absolument inconcevables, c'est plutôt que, même si certains systèmes nationaux en permettent l'octroi, telle n'est pas la destination de la réparation, pécuniaire ou autre, en droit international.

11. Certes, les conditions de détention ou d'expulsion, par exemple l'isolement, la torture, les mauvais traitements, la durée de la détention, etc., sont des circonstances propres à chaque affaire et pourraient, selon le cas, expliquer une indemnisation plus élevée, tandis que leur absence imposerait une indemnisation moins élevée. Or, dans le cas d'espèce, la Cour a reconnu que M. Diallo n'avait pas subi de traitements inhumains ou dégradants au cours de ses détentions. Après y avoir fait une rapide allusion, la Guinée a renoncé à maintenir de telles accusations et n'a pas tenté d'en donner un commencement de preuve (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 671, par. 88-89, et p. 693, par. 165, point 5 du dispositif; présent arrêt, par. 21). De même, la durée totale des détentions de M. Diallo n'a guère dépassé, pour retenir, sans considérer les contestations de la RDC, les chiffres contradictoires avancés par la Guinée elle-même (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 659-660, par. 48-52), soixante-six à soixante-douze jours. Certes, la privation de la liberté, qu'elle soit de quelques heures ou de plusieurs années, est condamnable lorsqu'elle est illicite ou arbitraire, mais sa durée n'est pas indifférente pour mesurer les souffrances endurées par la personne détenue et la gravité du préjudice qu'il faudra réparer. Aussi n'aurait-il pas été inutile que la Cour comparât cette durée avec celles, bien plus longues, examinées par d'autres juridictions dont la pratique et l'expérience auraient dû l'inspirer dans la présente affaire.

12. La Cour n'a pas non plus retenu, à proprement parler, de circonstances aggravantes en dehors des caractères illicite et arbitraire des détentions et expulsion, ce à quoi se résume, du reste, la violation de ses obligations par la RDC, car, comme elle le dit elle-même, «le préjudice immatériel subi découle nécessairement des faits illicites dont la Cour a déjà établi l'existence» (arrêt, par. 21). Elle rappelle par la suite *(ibid.)*, sans les qualifier expressément d'aggravantes, les circonstances particulières des détentions et de l'expulsion de M. Diallo, telles que décrites dans son arrêt au fond (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 666-670, par. 74-84).

regarded as giving an indication of the average size of the sums awarded to "ease" the moral injury of victims or their relatives.

10. The foregoing explains why even the Inter-American Court of Human Rights, which has a very compassionate and generous attitude towards the compensation claims of victims of human rights violations, adopted this principle of proportionality in its very first judgment on reparation, in the *Velásquez Rodríguez* v. *Honduras* case (judgment of 21 July 1989 (reparations and costs), para. 38), which has since become a point of reference in the field, and in which it stated that international law did not recognize reparation which punished States. It is not that "punitive damages" are completely inconceivable, rather that, while certain national systems do permit the award of such damages, punishment is not the purpose of reparation, pecuniary or otherwise, in international law.

11. Of course, the conditions of detention or expulsion — for example, solitary confinement, torture, ill-treatment, the length of the detention, etc. — are circumstances specific to each case and could, depending on the case, justify a higher amount of compensation, while their absence would impose a lesser amount. In the present case, however, the Court has acknowledged that Mr. Diallo did not suffer inhuman or degrading treatment during his detentions. Having briefly alluded to such treatment, Guinea chose to abandon any such accusations, and did not attempt to offer the slightest proof that such treatment occurred (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J Reports 2010 (II)*, p. 671, paras. 88-89 and p. 693, para. 165, point 5 of the operative clause; present Judgment, para. 21). Furthermore, the total duration of Mr. Diallo's detentions did not exceed — to use the variable figures advanced by Guinea (*I.C.J Reports 2010 (II)*, pp. 659-660, paras. 48-52) and disregarding the DRC's challenge to those figures — 66 to 72 days. Of course, the deprivation of liberty, whether for a few hours or several years, should be condemned when it is wrongful or arbitrary, but its duration is not irrelevant when measuring the sufferings endured by the individual detained or the seriousness of the injury for which reparation must be made. It would therefore have been useful for the Court to compare the duration of Mr. Diallo's detention with the much longer detentions considered by other courts, whose practice and experience should have guided the Court in the present case.

12. Nor, strictly speaking, did the Court accept that there were aggravating circumstances beyond the unlawful and arbitrary character of the detentions and expulsion which, moreover, constitute the full extent of the DRC's violation of its obligations, for, as the Court said itself, "the fact that [Mr. Diallo] suffered non-material injury is an inevitable consequence of the wrongful acts of the DRC already ascertained by the Court" (Judgment, para. 21). It then recalled (*ibid.*), without expressly calling them aggravating, the specific circumstances of Mr. Diallo's detentions and expulsion, as described in its Judgment on the merits (*I.C.J*

S'agissant de ces circonstances particulières, même le fait que, expulsé le 31 janvier 1996, M. Diallo «[n']avait reçu [que] le même jour notification de la mesure dont il faisait l'objet», n'est pas, comme tel, relevé comme circonstance aggravante. Et, si la Cour a dit que M. Diallo «avait été détenu pendant une période exagérément longue en attendant son expulsion» (arrêt, par. 21, et *C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 668, par. 79), c'est par rapport à l'argument qu'avançait la RDC pour justifier la détention par la nécessité d'éviter que l'intéressé ne s'évade et n'échappe à l'expulsion. Ces circonstances constituent précisément la forme prise par la violation.

13. C'est pourquoi la comparaison du cas de M. Diallo avec certaines affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme fait découvrir, sans minimiser pour autant la souffrance de M. Diallo, que les situations portées devant celles-ci étaient très souvent bien plus graves que celle du ressortissant guinéen: notification de la mesure d'expulsion le jour même de son exécution, détention de plusieurs années, tortures, traitements inhumains et dégradants, isolement, disparitions forcées, exécutions extrajudiciaires, etc. Pourtant, dans nombre de ces cas, les juridictions ont alloué des sommes bien plus faibles, approchant tout au plus de la somme de 30 000 dollars des Etats-Unis offerte par le défendeur lui-même comme une indemnisation adéquate compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire. Dans les quelques cas où des sommes relativement élevées furent accordées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il s'agissait de disparitions forcées, d'enlèvements, d'exécutions extrajudiciaires, etc.

14. Généralement, l'indemnité accordée pour préjudice immatériel est donc relativement modeste, en rapport avec la nature du dommage subi, surtout si celui-ci n'a pas eu de manifestations somatiques notables et prouvées. Ci-dessous figurent quelques exemples des sommes allouées en réparation du préjudice moral:

a) Cour européenne des droits de l'homme: 24 000 euros dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*; 15 000 euros dans l'affaire *Khodzhayev c. Russie*; 8 000 euros dans l'affaire *Ahmed c. Roumanie*; 15 000 euros dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie*, pour des détentions de plusieurs années accompagnées de circonstances aggravantes; 50 000 dollars des Etats-Unis dans l'affaire *M. c. Allemagne*, pour une détention arbitraire de plus de huit ans. Dans l'affaire *Nowak c. Ukraine*, la Cour européenne des droits de l'homme a accordé 16 000 euros pour détention illicite, expulsion arbitraire et mauvais traitements, et violation des garanties offertes par le protocole n° 7. Pourtant, M. Nowak était titulaire d'un permis de séjour en cours de validité à la date de son expulsion et était un «étranger résidant régulièrement» en Ukraine au sens de l'article premier du protocole n° 7. De plus, l'arrêté d'expulsion lui a été notifié à la date de son départ dans une langue qu'il ne comprenait pas et dans des circonstances qui ne lui ont pas permis de se faire représenter ou de soumettre des arguments contre son expulsion.

Reports 2010 (II), pp. 666-670, paras. 74-84). In respect of these specific circumstances, even the fact that, expelled on 31 January 1996, Mr. Diallo "[only] received notice of his expulsion on the same day" is not considered as an aggravating circumstance in itself. And while the Court states that Mr. Diallo "was detained for an unjustifiably long period pending expulsion" (present Judgment, para. 21, and *I.C.J Reports 2010 (II)*, p. 668, para. 79), it does so in response to the DRC's argument that the detention was necessary, in order to prevent the individual concerned from fleeing and escaping expulsion. These circumstances constitute the very form of the violation.

13. Thus, a comparison of Mr. Diallo's case with certain cases ruled on by the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights shows that, without making light of Mr. Diallo's suffering, the situations presented before those courts were often much graver than that of the Guinean national: notification of the expulsion measure on the same day it was carried out, detention of several years, torture, inhuman and degrading treatment, solitary confinement, enforced disappearance, extrajudicial executions, etc. However, in many of these cases, the courts awarded much smaller sums: US$30,000 at most, which was the amount offered by the Respondent itself as appropriate compensation taking into account the specific circumstances of the case. The few cases in which comparatively high sums were awarded by the Inter-American Court of Human Rights involved enforced disappearance, kidnappings, extrajudicial executions, and so on.

14. In general, the compensation awarded for non-material injury is thus relatively modest, in keeping with the nature of the injury suffered, especially if that injury has had no proven significant somatic effects. Below are some examples of the sums awarded as reparation for moral injury.

(a) European Court of Human Rights: €24,000 in *M.S.S.* v. *Belgium and Greece*, €15,000 in *Khodzhayev* v. *Russia*, €8,000 in *Ahmed* v. *Romania* and €15,000 in *Lupsa* v. *Romania* for detentions lasting for several years accompanied by aggravating circumstances; US$50,000 in *M.* v. *Germany* for arbitrary detention lasting more than eight years. In *Nowak* v. *Ukraine* the European Court of Human Rights awarded €16,000 for unlawful detention, arbitrary expulsion and ill-treatment, and violations of guarantees provided by Protocol No. 7. However, Mr. Nowak had a valid residency permit at the time of his expulsion and was an "alien lawfully resident" in Ukraine, within the meaning of Article 1 of Protocol No. 7. Moreover, he was notified of the expulsion order on the day of its execution, in a language which he did not understand and in circumstances which did not allow for him to be represented or to submit arguments against his expulsion.

b) Cour interaméricaine des droits de l'homme: 30 000 dollars des Etats-Unis dans l'affaire *Neptune c. Haïti*; 20 000 dollars dans l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala*; 50 000 dollars dans l'affaire *Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur*. Dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a, en fait, accordé plusieurs indemnités allant de 10 000 à 50 000 dollars aux différentes victimes de violations collectives graves constituées d'atteintes aux droits à la vie et à la liberté, de disparitions forcées, etc., la disparition entraînant les sommes les plus élevées.

c) Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique: 2 500 dollars des Etats-Unis dans l'affaire *Daniel Dillon*; 8 000 dollars dans l'affaire *Harry Roberts*; 4 000 dollars dans l'affaire *Mary Ann Turner*.

15. A la lumière de ce qui précède, il me semble que, eu égard aux circonstances de l'espèce, aux violations établies et au préjudice moral décrit ci-dessus (voir le présent arrêt, par. 25), la somme de 85 000 dollars des Etats-Unis est largement exagérée: elle ne reflète pas la mesure du préjudice subi, ne constitue pas la juste compensation du préjudice moral réellement subi. Elle ne me paraît donc pas, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt *(ibid.)*, «appropriée». A coup sûr, au regard de la pratique antérieure, y compris celle des juridictions garantes des droits de l'homme, ce montant, que n'expliquent pas les circonstances de l'espèce, est sans commune mesure avec la pratique et ne me semble pas justifié à satisfaction. On peut s'attendre à ce que, par son caractère inédit et son exemplarité, voire son caractère «punitif» (voir par. 8 et 9 ci-dessus), il attire l'attention et constitue un revirement de jurisprudence sur cette question, ce qui n'est pas la fonction de la réparation.

II. Indemnisation sans fondement du préjudice matériel pour perte de biens personnels

Les règles juridiques qui commandent la matière

16. En matière d'indemnisation pour responsabilité internationale découlant d'un fait internationalement illicite consistant dans la violation d'une obligation internationale par un Etat, ainsi que le confirme la Cour (arrêt, par. 13), la présente affaire est la deuxième seulement dans laquelle elle est amenée, depuis sa création après la seconde guerre mondiale, à se prononcer sur la fixation de l'indemnité. L'unique précédent fut l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (*fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 244 et suiv.), qui concernait la destruction de navires de guerre britanniques et le décès de membres du personnel navigant, affaire aussi «matérielle» en ce qui concerne la nature du préjudice subi par le Royaume-Uni. La Cour se montra alors extrêmement exigeante, refusant de se contenter des allégations du demandeur ou

(*b*) Inter-American Court of Human Rights: US$30,000 in *Neptune* v. *Haiti*, US$20,000 in *Maritza Urrutia* v. *Guatemala*, US$50,000 in *Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez* v. *Ecuador*. In *Goiburú et al.* v. *Paraguay*, the Inter-American Court of Human Rights in fact made several awards, ranging from US$10,000 to US$50,000, to the various victims of collective and grave violations, including infringements of the rights to life and liberty, enforced disappearance, etc., with the highest amounts awarded for disappearances.

(*c*) United States/Mexico General Claims Commission: US$2,500 in the *Daniel Dillon* case, US$8,000 in the *Harry Roberts* case and US$4,000 in the *Mary Ann Turner* case.

15. In light of the foregoing, it seems to me that, having regard to the circumstances of this case, the established violations and the moral injury described above (see the present Judgment, para. 25), the sum of US$85,000 is grossly excessive; it does not reflect the extent of the injury suffered and is not proper compensation for the moral injury actually sustained. Thus, contrary to what is stated in the Judgment (*ibid.*), it does not appear to me to be "appropriate". In view of earlier practice, including that of the human rights courts, it is clear that this amount, which does not reflect the circumstances of the case, bears no relation to the practice, and in my view it has not been adequately justified. Because of its unprecedented size and exemplary, if not punitive, character (see paras. 8 and 9 above), it is likely to attract attention and constitutes a reversal of the jurisprudence on this question, which is not the function of reparation.

II. Unjustified Compensation for the Material Injury Resulting from the Loss of Personal Property

The Legal Rules Governing This Area

16. In terms of compensation for an internationally wrongful act consisting in the violation by a State of an international obligation engaging the latter's international responsibility, this case, as the Court confirms (Judgment, para. 13), is only the second since its creation in the aftermath of World War II in which it has been called upon to fix compensation. The Court's only precedent is the *Corfu Channel* case (*United Kingdom* v. *Albania*) (*Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, pp. 244 *et seq.*), which concerned the destruction of British warships and the deaths of naval personnel, and which was also a "material" case in terms of the nature of the injury sustained by the United Kingdom. In that case, the Court was extremely demanding, and was not content to accept the Applicant's claims or even the evidence of the destruction of

même de l'évidence de la destruction des navires et du décès de membres du personnel. Si la Cour a fini par adjuger ses conclusions au Royaume-Uni et lui allouer l'indemnité demandée, c'était sur la base des preuves documentaires fournies par lui ainsi que par le rapport des experts ayant confirmé l'existence d'un lien de causalité, puisque les dommages matériels allégués étaient bien la conséquence directe de l'explosion des mines (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 265) et que les chiffres présentés par le demandeur pouvaient être considérés comme une «évaluation raisonnable et adéquate des dommages subis» (*ibid.*, p. 250). On voit bien clairement apparaître deux conditions: la preuve du préjudice dans l'optique de la justification du montant, ainsi que la preuve du lien de causalité.

17. Cette décision inaugura la jurisprudence et la pratique concernant l'exigence de «preuves suffisantes» du préjudice subi ainsi que celle du caractère «raisonnable» des prétentions pécuniaires de la victime. Cette jurisprudence et cette pratique des juridictions internationales habituées à statuer dans ce genre de réclamations, notamment la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) et les tribunaux mixtes de réclamations, en particulier le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran, et il en va de même de nombreuses sentences arbitrales, sont aujourd'hui constantes.

18. En l'espèce, il me semble clair que, bien qu'elle ait dit s'en inspirer (arrêt, par. 13), la Cour n'a pas rigoureusement suivi cette démarche lorsqu'elle a accordé l'indemnisation d'un préjudice matériel sans exiger de preuve indépendante des allégations formulées par M. Diallo.

19. La question de droit examinée ici est celle de la charge de la preuve, preuve de l'existence du préjudice, celui-ci étant en effet, dans la tradition juridique comme dans les perspectives envisagées par le Projet d'articles de la CDI, le fondement et la mesure de l'indemnisation, et preuve du lien de causalité entre le préjudice et le comportement illicite de l'Etat responsable.

Concernant la preuve du préjudice matériel: l'exigence d'une «preuve suffisante»

20. Dans bien des cas, il manque de preuve à l'appui des allégations et des réclamations guinéennes. C'est, sans doute, convaincue de ces exigences que la Cour a eu à envisager s'il était possible, sans une telle preuve, d'accorder une réparation sous forme d'indemnité compensatoire. Mais, en même temps, ce souci montre la conviction de la Cour quant à la place centrale qu'occupe l'administration de la preuve en cette matière concernant la responsabilité, la réparation et l'indemnisation. Il est en effet bien établi que, «en règle générale, il appartient à la partie qui allègue un fait au soutien de ses prétentions de faire la preuve de l'existence de ce fait», comme la Cour l'a rappelé dans son arrêt au fond en l'affaire qui nous occupe en cette procédure (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 660, par. 54). C'est ainsi que, dans l'arrêt de 2010, elle n'a pas hésité à rejeter les faits allégués mais non prouvés (*ibid.*, p. 679-687, par. 117-148, et p. 690, par. 157 et 158).

the ships and the deaths of crew members. Although the Court ultimately ruled in favour of the United Kingdom and awarded it the compensation it sought, it did so on the basis of documentary evidence provided both by the United Kingdom and by the experts' report — which confirmed the existence of a causal link, in that the material damage alleged was indeed the direct consequence of the mine explosions (*I.C.J. Reports 1949*, p. 265) — and the figures presented by the Applicant could be considered as a "fair and accurate estimate of the damage sustained" (*ibid.*, p. 250). The emergence of two conditions can clearly be observed: there must be evidence of the injury to justify the compensation amount and there must be evidence of a causal link.

17. This decision marked the introduction, in case law and in practice, of the requirement that there be "sufficient proof" of the injury sustained and that the nature of the victim's pecuniary claims be "fair". This case law and practice of the international courts which regularly rule on such claims, notably the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and the various joint claims tribunals, in particular the Iran-United States Claims Tribunal, together with several arbitral awards, are well established today.

18. In the present case, it seems clear to me that, even though the Court claims to have taken into account the practice in other courts (Judgment, para. 13), it did not rigorously adhere to this when it awarded compensation for a material injury, without requiring independent proof of the allegations made by Mr. Diallo.

19. The point of law at issue here is that of the burden of proof: proof of the existence of the injury, which is, in fact — both in the legal tradition and in the situations contemplated by the ILC's Draft Articles — the basis and measure of compensation, and proof of the causal link between the injury and the wrongful behaviour of the responsible State.

Evidence of the Material Injury: The Requirement of "Sufficient Proof"

20. In many instances there is no evidence in support of Guinea's allegations and claims. Doubtless aware of the evidence requirement, the Court had to consider whether it was still possible, in the absence of evidence, to award reparation in the form of pecuniary compensation. At the same time, however, this concern shows that the Court believes that evidence plays a central role in cases concerning responsibility, reparation and compensation. Thus it is well established that "[a]s a general rule, it is for the party which alleges a fact in support of its claims to prove the existence of that fact", as the Court recalled in its Judgment on the merits of the case which is the subject of these proceedings (*I.C.J Reports 2010 (II)*, p. 660, para. 54). This is why, in its 2010 Judgment, the Court did not hesitate to dismiss facts which were alleged but not proved (*ibid.*, pp. 679-687, paras. 117-148, and p. 690, paras. 157 and 158).

21. Il suffira de quelques exemples pour étayer ce principe reconnu par la Cour elle-même: l'affaire *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50)* (requête n° 33808/02, arrêt du 31 octobre 1995, CEDH, série A, n° 330-B, par. 37), où il était question de l'expropriation de terrains appartenant à des particuliers, et l'affaire *Akdivar et autres c. Turquie (article 50)* (requête n° 21893/93, arrêt du 1er avril 1998, CEDH, par. 15-34), dans laquelle les requérants demandaient des dommages-intérêts pour le préjudice matériel résultant de la perte de leurs maisons incendiées par les forces de sécurité turques. Alors même que l'existence des terrains et des maisons ne faisait aucun doute, ni l'expropriation des terrains ou l'incendie des maisons par l'armée, pour établir la valeur actuelle des terrains et des maisons, la Cour européenne des droits de l'homme fit appel à des experts et refusa de s'en tenir aux réclamations avancées sans preuve par les requérants. De même, dans l'affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni* (requête n° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995, CEDH, A324), où il s'agissait de la violation de l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie), consistant dans le meurtre de trois membres de l'IRA à Gibraltar par les forces de sécurité britanniques, elle rejeta, faute de preuve, la thèse de l'exécution préméditée avancée par les représentants des victimes. Dans une affaire de violences au cours d'une garde à vue, elle exigea également du Gouvernement autrichien qu'il «établi[sse] de manière satisfaisante que les blessures du requérant [avaient été] causées autrement que — exclusivement, principalement ou partiellement — par les traitements subis pendant la garde à vue» et décida de considérer que, faute de preuve à cet effet, les violations avaient été établies (affaire *Ribitsch c. Autriche*, requête n° 1889/91, arrêt du 4 décembre 1995, CEDH, A336, par. 34). En matière de discrimination, comportement pourtant difficile à prouver, la Cour européenne des droits de l'homme n'en exigea pas moins la preuve que la différence de traitement incriminée reposait sur des motifs discriminatoires liés à une caractéristique protégée et de ce fait stigmatisée (par exemple, sexe, race ou religion), même si, par une sorte de partage de la charge de preuve, il en naissait une présomption de discrimination que le défendeur allait devoir, au moyen de preuves contraires, réfuter (affaire *Timichev c. Russie*, requêtes nos 55762/00 et 55974/00, arrêt du 13 décembre 2005, CEDH, par. 40-44; voir aussi, au même effet, l'arrêt de la CJCE du 26 juin 2001 dans l'affaire *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, affaire C-381/99, *Recueil 2001*, p. I-04961). Ce partage du fardeau de preuve ne contredit pas la règle traditionnelle en la matière, qui impose à celui qui allègue un fait d'en fournir la preuve. En l'occurrence, les thèses avancées sont contradictoires et il incombe à chacune des parties d'appuyer la sienne par des preuves de nature à emporter la conviction de la juridiction. Enfin, dans l'affaire *H.L.R. c. France* (requête n° 24573/94, arrêt du 29 avril 1997, CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme en vint à la conclusion qu'il n'y avait eu aucune violation de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme du fait de l'expulsion du demandeur colombien, parce qu'aucune preuve pertinente n'avait été apportée à l'appui des allégations de risques de mauvais traitements.

21. Just a few examples will suffice to confirm this principle, which the Court itself recognizes: for example, *Papamichalopoulos and Others* v. *Greece (Article 50)* (application No. 33808/02, judgment of 31 October 1995, ECHR, Series A, No. 330-B, para. 37), which concerned the question of the expropriation of land belonging to individuals, and *Akdivar and Others* v. *Turkey (Article 50)* (application No. 21893/93, judgment of 1 April 1998, ECHR, paras. 15-34), in which the applicants sought damages for material injury resulting from the loss of their homes, burnt down by Turkish security forces. Although there was no doubt that the land and the houses had existed, or that the land had been expropriated and the houses burnt down by the army, in order to establish their true value the European Court of Human Rights called experts, refusing to rely on the unsubstantiated claims advanced by the applicants. Similarly, in *McCann and Others* v. *United Kingdom* (application No. 18984/91, judgment of 27 September 1995, ECHR, A324), which involved a violation of Article 2 of the European Convention on Human Rights (right to life) consisting in the murder of three members of the IRA in Gibraltar by British security forces, the European Court rejected the argument of premeditated execution put forward by the victims' representatives, for lack of evidence. In a case concerning violence in custody, the European Court also demanded that the Austrian Government "satisfactorily [establish] that the applicant's injuries [had been] caused otherwise than — entirely, mainly, or partly — by the treatment he underwent while in police custody"; in the absence of evidence to that effect, it concluded that the violations had been established (*Ribitsch* v. *Austria*, application No. 1889/91, judgment of 4 December 1995, ECHR, A336, para. 34). In a case involving discrimination — behaviour which is difficult to prove — the European Court of Human Rights demanded proof that the alleged difference in treatment was based on discriminatory grounds related to a protected characteristic (for example, sex, race, religion) and that, therefore, it was wrongful, even though, by a sort of sharing of the burden of proof, there then arose a presumption of discrimination, which the Respondent would have to refute by producing evidence to the contrary (*Timishev* v. *Russia*, applications Nos. 55762/00 and 55974/00, judgment of 13 December 2005, ECHR, paras. 40-44; see also, to the same effect, the judgment of the ECJ of 26 June 2001 in *Susanna Brunnhofer* v. *Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, case C-381/99, *2001 Reports*, p. I-04961). This sharing of the burden of proof does not contradict the established rule in this regard, which stipulates that he who alleges a fact must provide proof of that fact. These are cases where the claims put forward are mutually contradictory, and it is for each party to substantiate its own argument with evidence capable of convincing the court. Finally, in *H.L.R.* v. *France* (application No. 24573/94, judgment of 29 April 1997, ECHR), the European Court of Human Rights concluded that the expulsion of the Colombian applicant had not violated Article 3 of the European Convention on Human Rights, because no relevant proof had been produced in support of the allegations of risks of ill-treatment.

22. Le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran s'est quant à lui montré particulièrement strict en ce qui concerne l'établissement de l'existence du dommage allégué sous la forme de perte de biens, exigeant que le requérant démontre que, avant la commission des faits illicites, les biens en question existaient et lui appartenaient («possession, expropriation et valeur des biens» *[traduction libre]*). A cet égard, la jurisprudence du Tribunal révèle une préférence pour les preuves documentaires, sans doute les plus sûres, alors même que les requérants, en l'occurrence des ressortissants américains expulsés d'Iran, avaient souvent été contraints de fuir ce pays en abandonnant les documents établissant l'existence des biens prétendument perdus, leur appartenance aux victimes et leur valeur (notamment, affaires *Daley (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, sentence 360-10514-1, 1988 WL 637289 (Iran-US Cl. Trib.), *Rankin (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, sentence 326-10913-2, 1987 WL 503860 (Iran-US Cl. Trib.) et *Yeager (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, sentence 324-10199-1, 1987 WL 503859 (Iran-US Cl. Trib.)).

23. Ainsi dans l'affaire *Daley*, un Américain détenu et expulsé d'Iran qui affirmait avoir perdu au cours de ses mésaventures divers biens (entre autres, une voiture, un pur-sang, une montre Rolex, des bijoux, des pièces de monnaie de collection, un total de 15 000 dollars des Etats-Unis en argent et des tapis de luxe). Le fait que les circonstances de son expulsion ne lui aient pas permis de conserver les pièces justificatives n'a pas empêché le Tribunal d'affirmer, s'agissant du cheval, que, «n'étant pas en mesure de conclure à l'expropriation de ce bien ... [il devait en conséquence rejeter] cette portion des réclamations» (1988 WL 637289, par. 24) *[traduction libre]*. En ce qui concerne la propriété et la valeur des pièces de collection, il aurait fallu prouver où et quand elles avaient été achetées, qui les avait vendues, les détails de la police d'assurance, etc. L'exigence de preuve est telle que, dans cette même affaire, bien que des tapis aient été vus au domicile de Daley à Téhéran, le Tribunal a jugé que «les preuves étaient insuffisantes pour établir, toutefois, que les tapis et autres pièces d'ameublement se trouvaient dans l'appartement à la date où ils sont censés avoir été pris» (*ibid.*, par. 27) *[traduction libre]*, imposant de surcroît au requérant de «prouver que l'enlèvement des biens en question était le fait d'individus ou de groupements dont les actes étaient susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat iranien» (*ibid.*, par. 28) *[traduction libre]*. On voit ainsi le Tribunal insister sur la nécessité de prouver le lien de causalité en disant au paragraphe suivant que la présence des tapis et autres objets au domicile du requérant ne permettait pas de conclure qu'ils «avaient été enlevés dans des circonstances de nature à engager la responsabilité de l'Etat iranien». L'exigence est multiple: établir «la propriété, l'expropriation et la valeur des biens pour lesquels» la réparation est demandée (*ibid.*, par. 30) *[traduction libre]*.

24. Il n'est pas inintéressant de présenter ici une sentence arbitrale rendue dans une affaire mettant en œuvre le même chef du dommage et des circonstances factuelles similaires, l'affaire *Chevreau*, qui opposait la France à la Grande-Bretagne et qui était très proche de l'affaire qui nous occupe, parce qu'elle se rapportait à la détention et à l'expulsion illicites d'un étranger de

22. The Iran-United States Claims Tribunal, for its part, has shown itself to be particularly stringent with respect to establishing the existence of an alleged injury in the form of a loss of property, requiring the applicant to demonstrate that, before the commission of the unlawful acts, the property in question existed and was in his or her possession ("possession, expropriation and value of the items"). In this respect, the case law of the Tribunal reveals a preference for documentary proof — undoubtedly the most reliable form of evidence — despite the fact that the applicants, in this case American nationals expelled from Iran, had often been forced to flee that country, thereby abandoning the documents which proved the existence, ownership and value of the property alleged to have been lost (see, in particular, the cases of *Daley (United States of America* v. *Iran)*, award 360-10514-1, 1988 WL 637289 (Iran-US Cl. Trib.); *Rankin (United States of America* v. *Iran)*, award 326-10913-2, 1987 WL 503860 (Iran-US Cl. Trib.) and *Yeager (United States of America* v. *Iran)*, award 324-10199-1, 1987 WL 503859 (Iran-US Cl. Trib.)).

23. The *Daley* case, for example, concerned an American national who claimed to have lost various property (including, a car, a thoroughbred horse, a Rolex watch, jewellery, a coin collection, a total of US$15,000 in cash and some luxury carpets) when he was detained and expelled from Iran. The fact that the circumstances of his expulsion meant that he was no longer in possession of the supporting documents did not prevent the Tribunal from declaring that it "does not find that the horse was expropriated", and that "[t]his part of the claim is therefore dismissed" (1988 WL 637289, para. 24). To establish the ownership and value of the coin collection, proof was required as to where and when the coins had been bought, who had sold them, the details of their insurance cover, etc. The burden of proof is such that, in the same case, even though the carpets in question had been seen in the Daley residence in Teheran, the Tribunal found that "[t]he evidence is not sufficient to establish, however, that the carpets or any of the other furniture were at the apartment on the date of the alleged taking" (*ibid.*, para. 27); it also required the applicant to "establish that these items [had been] removed from the premises by individuals or groups for whose acts the Government of Iran is legally liable" (*ibid.*, para. 28). The Tribunal's insistence on the need for proof of the causal link can be seen in the following paragraph, in which it states that the presence of the carpets and other effects at the applicant's residence does not enable it to conclude that they "[had been] removed in circumstances which would give rise to liability on the part of the Iranian Government". The requirement is a manifold one: the "possession, expropriation and value of the items for which" compensation is sought must be established (*ibid.*, para. 30).

24. It is worth mentioning here an arbitral award rendered in a case involving the same head of damage and factually similar circumstances, namely the *Chevreau* case between France and Great Britain, and which was very similar to the present case in that it related to the wrongful detention and expulsion of a foreigner of French nationality, Mr. Chevreau,

nationalité française, M. Chevreau, suivies de la réclamation par le Gouvernement français d'une indemnisation à raison du dommage matériel résultant de la perte de biens personnels lors de la détention et de l'expulsion de l'intéressé (affaire *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, 9 juin 1931, *Recueil des sentences arbitrales [traduction libre]*, vol. II, p. 1113).

25. Il s'agissait en particulier, dans cette affaire ressemblant très fortement à la présente espèce, de biens, c'est-à-dire «argent, montres et bijoux, vêtements, livres et autres objets qui, selon M. Chevreau, se trouvaient dans son logement ... lors de son arrestation, mais qui n'ont pas été retrouvés quand, le 24 décembre 1918, un inventaire fut dressé ... en présence de deux officiers anglais et du Directeur des douanes» (*ibid.*, p. 1140). La liste des biens fournie par M. Chevreau comprenait non seulement les objets dont la présence avait été constatée par l'inventaire du 24 décembre 1918, mais aussi d'autres objets, notamment «argent, montres et bijoux», qu'il disait posséder avant les événements. L'Etat français soutenait donc que l'Etat britannique était responsable de la perte des valeurs et objets énumérés dans la liste de M. Chevreau mais pas dans l'inventaire. L'arbitre a jugé que le Royaume-Uni ne pouvait pas être rendu responsable de cette perte, alors même que les autorités britanniques n'avaient pas nié leur responsabilité pour la conservation des biens en question (*ibid.*, p. 1141). L'arbitre s'en tint donc au contenu de l'inventaire, sans prendre en considération les autres biens réclamés par M. Chevreau qui n'avaient pas été trouvés dans la maison lors de l'établissement de l'inventaire. C'est ainsi que, au seul vu des déclarations et faute de «preuve documentaire», il se dit d'avis que «la réclamation de M. Chevreau pour perte de biens en Perse ne saurait être retenue», et décida, conformément à la logique juridique, que «la charge de la preuve incomb[ait] au Gouvernement français et [que] les allégations de M. Chevreau ne [pouvaient] être acceptées comme *preuves suffisantes*» (*ibid.*, p. 1142; les italiques sont de moi).

26. Dans la présente affaire, pour certaines revendications, la Cour a avec justesse fait application de ce principe et a, pour cela, rejeté le préjudice matériel allégué pour perte de revenus et la demande d'indemnisation formulée par la Guinée pour la perte de biens de grande valeur qui se seraient trouvés dans l'appartement de M. Diallo au moment de son expulsion mais qui n'auraient pas été retrouvés ni répertoriés dans l'inventaire (arrêt, par. 34), ainsi que pour la perte alléguée de revenus (*ibid.*, par. 41, 42, 44, 45 et 46) et de gains potentiels (*ibid.*, par. 48).

27. Comme on le voit, si une certaine souplesse est admise concernant le dommage immatériel, considéré comme inhérent à la condition humaine en situation de violation et comme n'ayant pas à être prouvé, les juges et arbitres ont toujours appliqué une norme de preuve élevée, soit celle de la «preuve suffisante» ou de la «preuve à la satisfaction de la Cour».

Recours aux principes d'équité

28. Si, concernant le préjudice matériel, la Cour a parfois fondé la réparation sur des considérations d'équité, c'était non pas en raison de doutes

followed by a claim for compensation by the French Government for material damage resulting from the loss of personal property during Mr. Chevreau's detention and expulsion (*Chevreau case (France* v. *Great Britain)*, 9 June 1931, English version from 27 *American Journal of International Law* 153, 1933).

25. The *Chevreau* case, which bears a very strong resemblance to the present one, concerned in particular property, that is, "money, watches and jewels, clothes, books and other articles which, according to Mr. Chevreau, were in his lodgings . . . when he was arrested, but which were not found on December 24, 1918, when an inventory was made . . . in the presence of two English officers and of the Director of Customs" (*ibid.*, p. 178). The list of property provided by Mr. Chevreau included not only the items whose presence had been noted in the inventory of 24 December 1918, but other items, too, notably "money, watches and jewels", which he claimed were in his possession before the events in question. The French State therefore contended that the British State was responsible for the loss of the securities and articles enumerated in Mr. Chevreau's list, but not detailed in the inventory. The Arbitrator found that the United Kingdom could not be held responsible for this loss, even though the British authorities did not deny that they were responsible for the safe-keeping of the effects in question (*ibid.*, p. 179). Therefore, he took account only of the contents of the inventory, without taking into consideration the other items claimed by Mr. Chevreau, which had not been found at the house when the inventory was drawn up. It was under these circumstances that, on the sole basis of the declarations and because of a lack of "documentary proof", the Arbitrator found that "Mr. Chevreau's claim for loss of effects in Persia could not be sustained", and decided that, in law, "[t]he burden of proof [wa]s upon the French Government and [that] the allegations of Mr. Chevreau [could] not be accepted as *sufficient proof*" (*ibid.*, p. 181; emphasis added).

26. In the present case, the Court has correctly applied this principle in respect of some of the claims, dismissing the alleged material injury for loss of earnings and the claim for compensation made by Guinea for the loss of high-value items which were alleged to have been in Mr. Diallo's apartment at the time of his expulsion, but which were not found or listed on the inventory (Judgment, para. 34), as well as the claims for the alleged loss of income (*ibid.*, paras. 41, 42, 44, 45 and 46) and potential earnings (*ibid.*, para. 48).

27. As can be seen, although a certain degree of flexibility is permitted in respect of non-material damage, regarded as inherent to the human condition when subjected to violations and not having to be proved, judges and arbitrators have always enforced a higher standard of proof, that of "sufficient proof" or "proof to the satisfaction of the Court".

Recourse to the Principles of Equity

28. While, in respect of material injury, the Court has sometimes based reparation on considerations of equity, it has done so not because the exis-

quant à l'existence ou à la perte douteuses du bien en question, mais uniquement pour l'estimation de la valeur devant servir de base au calcul du montant de l'indemnisation. Ainsi, dans l'affaire *Orhan c. Turquie*, dans laquelle «il n'avait été fourni aucune preuve décisive de la taille et de la destination des maisons, biens et possessions détruits et perdus», la Cour européenne des droits de l'homme dut allouer une indemnité dont le montant serait «fondé sur des conjectures et basé sur les principes d'équité» (*Orhan c. Turquie*, requête n° 25656/94, arrêt du 18 juin 2002, CEDH, par. 423-424) *[traduction libre]*. De même, concernant la perte d'une maison et d'effets personnels dont aucune preuve n'établissait la valeur, mais dont l'existence et la propriété avaient été établies, la même juridiction décida que «son évaluation des sommes à accorder devait forcément reposer sur les principes d'équité», pour fixer ce montant à 4 500 livres sterling, «en l'absence de toute preuve décisive, et statuant en équité» *[traduction libre]* (*Bilgin c. Turquie*, requête n° 23819/94, arrêt du 16 novembre 2000, CEDH, par. 140 et 144).

Lien de causalité

29. Par ailleurs, en général comme dans la présente affaire, le préjudice matériel pour perte de biens personnels ainsi que la demande consécutive de réparation sur ce chef de préjudice devraient également être rejetés en cas d'inexistence d'un lien de causalité entre le préjudice allégué et le comportement illicite de l'Etat en cause, en l'occurrence la RDC.

30. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme, tout comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, a fait preuve d'une plus grande souplesse en ce qui touche le lien de causalité en matière de préjudice immatériel, présumant régulièrement l'existence d'un tel préjudice et du lien de causalité requis en se fondant sur la nature de la violation, parce qu'il ne pouvait être exigé du demandeur qu'il fournisse une quelconque preuve du dommage immatériel subi, lequel, inhérent à la condition humaine, n'a pas à être démontré, ainsi que l'a décidé la Cour interaméricaine des droits de l'homme (affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*, arrêt du 22 septembre 2006 (fond, réparations et frais), CIADH).

31. Mais, même pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la plus favorable de toutes les juridictions quant à la sauvegarde et à la réparation en matière de droits de l'homme, il doit exister un lien de causalité minimal. Elle définit en effet le préjudice matériel indemnisable comme «la perte de revenus de la victime, les frais encourus en raison des faits de la cause et les conséquences de caractère *pécuniaire qui ont un lien de causalité direct avec les faits incriminés*» (arrêt *Cantoral Benavides c. Pérou*, par. 166, et arrêt *La Cantuta c. Pérou*, 29 novembre 2006, par. 213 [traduction tirée de Karine Bonneau, «Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme: le rôle pionnier de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006, p. 12]; les italiques sont de moi).

32. Pour autant, la souplesse caractéristique dont cette juridiction fait preuve pour ainsi dire systématiquement ne saurait être étendue avec les

tence or loss of the property in question was in doubt, but simply for the purpose of estimating the value to be used as the basis for assessing the amount of compensation. Thus, in *Orhan* v. *Turkey*, in which "no decisive . . . proof of the size and nature of the houses, property and possessions destroyed and lost [was] provided", the European Court of Human Rights had to award compensation which was "speculative and based on principles of equity" (*Orhan* v. *Turkey*, application No. 25656/94, judgment of 18 June 2002, ECHR, paras. 423-424). Similarly, in a case involving the loss of a house and personal effects, whose value had not been proved, but whose existence and ownership had been established, the same court ruled that "[its] assessment of the amounts to be awarded must, by necessity, be based on principles of equity"; it fixed that amount at GBP 4,500, "[i]n the absence of any decisive evidence and making its assessment on an equitable basis" (*Bilgin* v. *Turkey*, application No. 23819/94, judgment of 16 November 2000, ECHR, paras. 140 and 144).

Causal Link

29. Furthermore, generally speaking — and in this case — material injury resulting from the loss of personal property and any subsequent claim for reparation in respect of that injury should be rejected if there is no causal link between the alleged injury and the wrongful conduct of the State in question, in this case the DRC.

30. It is true that the European Court of Human Rights, like the Inter-American Court of Human Rights, has shown greater flexibility in respect of the causal link for non-material injury, often presuming that such an injury and the necessary causal link exist on the basis of the nature of the violation, since the applicant could not be required to furnish evidence of the non-material damage sustained, because this is inherent to the human condition and does not have to be proved, as indicated by the Inter-American Court of Human Rights (*Goiburú and al.* v. *Paraguay*, judgment of 22 September 2006 (merits, reparations and costs), IACHR).

31. However, even the Inter-American Court of Human Rights, the most favourable of all the courts in terms of safeguarding human rights and providing reparation for their violation, insists that there must be a minimal causal link. Indeed it defines material injury for which compensation may be made as "the loss or impairment of the victims' income, the expenses incurred as a result of the facts and the monetary consequences thereof *bearing a causal link to the facts of the instant case*" (*Cantoral Benavides* v. *Peru* judgment, para. 166, and *La Cantuta* v. *Peru*, judgment of 29 November 2006, para. 213; emphasis added).

32. That said, the characteristic flexibility which is shown almost systematically by that court should not be applied elsewhere, with the same

mêmes raisons ou les mêmes justifications. De fait, si, comme dans son actuel arrêt, la Cour a été amenée à évoquer certains aspects relatifs aux droits de l'homme, d'une part, l'espèce en elle-même ne cesse pas d'être avant tout une affaire de protection diplomatique entre Etats et, d'autre part, la Cour n'en devient pas pour autant une cour garante des droits de l'homme. Par ailleurs, la Cour interaméricaine a une raison historique spécifique d'être déjà ancrée dans une pratique de souplesse en matière de preuve, se prononçant essentiellement en équité sur l'existence de la violation, ainsi que sur l'existence du préjudice et sur l'évaluation de l'indemnisation: en effet, les premiers arrêts de cette juridiction sont intervenus dans des affaires de disparitions massives de personnes sous les régimes dictatoriaux en place durant de longues décennies dans les Etats d'Amérique latine. Et aux atrocités des dictatures s'ajoutèrent, au nom des contraintes de la raison d'Etat et de la sécurité nationale, à une période où nombre de ces Etats étaient engagés dans des guerres contre des groupes armés rebelles («sentier lumineux» et autres «maoïstes»), les arrestations, détentions, tortures et exécutions de suspects, comme les deux frères Gómez-Paquiyauri tués au Pérou par les forces de sécurité (affaire *Frères Gómez-Paquiyauri c. Pérou*, arrêt du 8 juillet 2004 (fond, réparations et frais), CIADH). On se trouve ici dans le contexte de ces crimes d'Etat systématiques qui ont fait dire au juge Cançado Trindade, parlant de la tragédie comme d'une réalité qui a toujours existé au cœur de la race humaine, quels que soient le régime et l'époque, que, pour les victimes de cette tragédie, «rien ne sera plus comme avant» et qu'«aujourd'hui les survivants ont le souvenir d'un paradis perdu» (affaire *Frères Gómez-Paquiyauri c. Pérou*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 6). Dans ces conditions, on comprend que, dès son premier arrêt en matière de réparation et de fixation de l'indemnisation, l'arrêt *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, rendu le 21 juillet 1989 (c'est-à-dire avant l'arrêt *Frères Gómez-Paquiyauri*), la Cour interaméricaine des droits de l'homme ait adopté cette attitude, considérant que la pratique systématique des violations du droit à la vie constituait une «violation autonome des droits de l'homme» (affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988 (fond), CIADH, par. 155 [traduction tirée d'Elise Hansbury, *Le juge interaméricain et le* jus cogens, Genève, Institut de hautes études internationales et du développement, par. 34]). C'est ce qui a donné naissance à la théorie de la «responsabilité aggravée», qu'on ne trouve pas sous d'autres latitudes. Le genre d'affaires qui étaient soumises à la Cour interaméricaine des droits de l'homme se prêtait donc à la mansuétude: les circonstances de ces disparitions et tortures systématiques imputables à l'Etat privaient en effet les victimes ou leurs survivants de la possibilité de prouver les violations (droit à la vie, tortures, etc.) ou de prouver qu'elles en avaient ressenti les souffrances déshumanisantes dans leur chair et dans leur cœur. On ne saurait donc s'étonner que cette juridiction ait, dès le début, posé en principe que ce genre de souffrances n'avait pas à se prouver, jouissant ainsi d'une sorte de présomption irréfragable quant à leur existence. Mais

reasoning or the same justification. In reality, even though this Court has had cause to address certain aspects relating to human rights in the present case, it remains a case of diplomatic protection between States, and the Court has not become a human rights court. Furthermore, there is a specific historical reason as to why the Inter-American Court has an already established practice of flexibility towards evidence, essentially working on the basis of equity in order to determine the existence of the violation and of the injury and in assessing compensation: the court's first judgments were in cases concerning mass disappearances of persons under dictatorships which were in place for decades in the States of Latin America. As well as the atrocities of dictatorships, these cases also concerned a period in which a number of these States were, for reasons of national interest and security, engaged in wars against armed rebel groups ("Shining Path" and other "Maoists") and in the arrest, detention, torture and execution of suspects, such as the two Gómez-Paquiyauri brothers, who were killed by security forces in Peru (*Gómez-Paquiyauri Brothers* v. *Peru*, judgment of 8 July 2004 (merits, reparations and costs), IACHR). These are systematic crimes by the State, which led Judge Cançado Trindade, who described this tragedy as a reality which has always existed at the heart of the human race — irrespective of the régime or the era — to state that, for the victims of this tragedy, "[n]othing will be as it was before" and "[t]he survivors . . . today have the memory of paradise lost" (*Gómez-Paquiyauri Brothers* v. *Peru*, separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 6). Under these circumstances, it is understandable that, from its first judgment on reparation and the assessment of compensation, the *Velásquez-Rodríguez* v. *Honduras* judgment rendered on 21 July 1989 (that is to say, before the *Gómez-Paquiyauri Brothers* judgment), the Inter-American Court of Human Rights adopted this attitude, whereby it considered the systematic practice of violations of the right to life as constituting an "autonomous human rights violation" [see Elise Hansbury, *Le juge interaméricain et le "*jus cogens*"*, Geneva, Graduate Institute of International and Development Studies, para. 34, referring to the case of *Velásquez-Rodríguez* v. *Honduras*, judgment of 29 July 1988 (merits), IACHR, para. 155]. This gave rise to the theory of "aggravated responsibility", which is not found elsewhere. The type of cases submitted to the Inter-American Court of Human Rights have thus lent themselves to a less stringent approach: the circumstances of the systematic disappearances and acts of torture for which the State was responsible actually deprived the victims, or their relatives, of the possibility of establishing the violations (right to life, torture, etc.) or of proving that they had suffered both physical and mental inhuman treatment. It is not surprising, therefore, that from the outset this court decided in principle that this type of suffering did not have to be proved, and thus that it benefited from a sort of irrefutable presumption as to its existence. But can it be said that such specific conditions could ever justify the general, systematic application of such flexibility — and its extension to all types of material injuries — by the Court, which does not deal either with crimes of the

peut-on soutenir que des conditions aussi spécifiques puissent jamais fonder la généralisation, la systématisation et l'extension à tous types de préjudices matériels de ce genre de souplesse, au niveau de la Cour qui ne connaît pas de ces crimes d'Etat ni de ces «violations autonomes des droits de l'homme»? Rien n'est moins sûr.

33. Quant à elle, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours estimé, pour les dommages matériels, que la charge de la preuve relative à l'existence de ceux-ci et au lien de causalité incombait normalement au requérant, et l'absence de preuve sous l'un ou l'autre de ces rapports a régulièrement conduit au rejet de la demande. Dans l'affaire *Borisenko c. Ukraine*, par exemple, si elle accorda une indemnité de 1 700 euros, «statuant en équité, relativement au dommage non pécuniaire» *[traduction libre]*, ce fut à raison du préjudice immatériel, puisqu'elle écarta le préjudice matériel pour lequel le plaignant réclamait une indemnisation: «La Cour n'arrive à discerner aucun lien de causalité entre les violations constatées et le dommage pécuniaire invoqué; aussi rejettera-t-elle cette partie de la demande.» *[Traduction libre.]* (*Borisenko c. Ukraine*, requête n° 25725/02, arrêt du 12 janvier 2012, CEDH, par. 67.) De même, en l'affaire *Airey c. Irlande*, la même juridiction a rejeté la demande relative au préjudice matériel, faute pour la demanderesse d'avoir établi le lien de causalité entre les violations alléguées et les pertes subies (*Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, arrêt du 6 février 1981, CEDH, par. 12).

34. Dans l'affaire *Ahmed c. Roumanie* (requête n° 34621/03, arrêt du 13 juillet 2010, CEDH), après avoir accordé une indemnisation du préjudice immatériel pour détention arbitraire de plus de six mois suivie d'expulsion illicite, elle a rejeté la demande relative au préjudice matériel pour perte de biens, faillite de l'entreprise et réinstallation dans un autre pays, faute de preuve du lien de causalité:

> «63. La Cour constate qu'il n'y a *pas de lien de causalité entre les violations établies et le dommage matériel allégué*. Toutefois, la Cour estime que le requérant a subi un dommage moral indéniable du fait des violations constatées. Eu égard à l'ensemble des éléments se trouvant en sa possession et statuant en équité ... elle décide d'allouer au requérant 8 000 euros à ce titre.» (Les italiques sont de moi.)

Circonstance particulière concernant la Cour européenne des droits de l'homme, la notion d'équité est expressément prévue par l'article 41 de la convention européenne des droits de l'homme, qui stipule que, «[s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses Protocoles ... la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction *équitable*» (les italiques sont de moi). Il s'agit donc non pas d'une généralisation de la pratique courante dans le domaine des droits de l'homme, mais d'une disposition limitée à l'indemnisation.

35. De même, l'affaire *Somogyi c. Italie* mettait en jeu la violation de l'article 6 de la convention européenne. La Cour européenne des droits de

State or with "autonomous human rights violations" of this kind? That is highly doubtful.

33. For its part, the European Court of Human Rights has always maintained that, in respect of material injuries, the burden of proof relating to the existence of those injuries and to the causal link should normally be borne by the applicant, and the absence of proof of one or other of these has frequently led to the rejection of the claim. In *Borisenko* v. *Ukraine*, for example, although the court awarded compensation of €1,700, "ruling on an equitable basis, in respect of non-pecuniary damage", this was on account of the non-material injury, the court having dismissed the material injury for which the applicant was claiming compensation: "The Court does not discern any causal link between the violations found and the pecuniary damage alleged; it therefore rejects that claim." (*Borisenko* v. *Ukraine*, application No. 25725/02, judgment of 12 January 2012, ECHR, para. 67.) Similarly, in *Airey* v. *Ireland*, the European Court rejected the claim for material injury on the grounds that the applicant had failed to establish that there was a causal relation between the alleged violations and the losses suffered (*Airey* v. *Ireland*, application No. 6289/73, judgment of 6 February 1981, ECHR, para. 12).

34. In *Ahmed* v. *Romania* (application No. 34621/03, judgment of 13 July 2010, ECHR), the Court, having awarded compensation for non-material injury resulting from an arbitrary detention lasting more than six months and followed by an unlawful expulsion, rejected the claim for material injury on account of the loss of property, the bankruptcy of the company and resettlement in another country, because of a lack of evidence of the causal link:

> "63. The Court finds that there is *no causal link between the established violations and the alleged material damage*. However, it is of the opinion that the applicant has suffered an undeniable moral injury as a result of the established violations. Taking account of all of the facts in its possession and ruling on the basis of equity . . . it decides to award the applicant a sum of €8,000 in this connection." (Emphasis added.)

There is one circumstance specific to the European Court of Human Rights: the notion of equity is expressly provided by Article 41 of the European Convention on Human Rights, which states that "[i]f the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto . . . the Court shall, if necessary, afford *just* satisfaction to the injured party" (emphasis added). It is not, therefore, a general reflection of current practice in the area of human rights, rather a provision limited to compensation.

35. The case of *Somogyi* v. *Italy* also involved a violation of Article 6 of the European Convention. The European Court of Human Rights

l'homme s'est exprimée ainsi en ce qui concerne d'abord le dommage matériel, puis le préjudice moral:

> «83. La Cour ne considère pas approprié de dédommager le requérant des pertes alléguées. *Aucun lien de causalité* ne se trouve en effet établi entre la violation constatée et les répercussions négatives que la condamnation aurait eues sur les activités commerciales et les relations sociales de l'intéressé. (Les italiques sont de moi.)
>
> . . . . . .
>
> 85. Quant au préjudice moral, la Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, le constat de violation constitue en soi une satisfaction équitable suffisante (voir *Brozicek c. Italie*, arrêt du 19 décembre 1989, série A, n° 167, p. 20, par. 48; *F. C. B. c. Italie*, arrêt précité, p. 22, par. 38; *T. c. Italie*, arrêt précité, p. 43, par. 32).» (*Somogyi c. Italie*, requête n° 67972/01, arrêt du 18 mai 2004, CEDH, par. 83-85.)

36. S'il fallait opérer une sélection, exemplaire à cet égard, dans la jurisprudence du Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran, il y aurait lieu de citer à nouveau ces affaires similaires à la nôtre, les affaires *Rankin*, *Daley* et *Yeager*, où le Tribunal a exigé la preuve d'un lien de causalité entre la perte de biens alléguée et le comportement de l'auteur du fait internationalement illicite en demandant aux requérants de démontrer que, lorsqu'ils avaient quitté l'Iran, ils avaient abandonné le bien en question ou que celui-ci leur avait été confisqué (*«expropriation»*).

37. Au vu de tout ce qui précède, il me semble que, chaque fois que le préjudice est lié à un objet, à une chose palpable dont l'existence peut toujours être constatée par une preuve, il n'y a pas lieu de conjecturer, ni de statuer en vertu de l'équité, comme a choisi de le faire la majorité de la Cour dans le présent arrêt, ni d'agir sur la base de toute autre raison ou considération, si ce n'est sur celle d'une preuve suffisante, c'est-à-dire nécessairement documentaire.

Le cas d'espèce

38. L'application de cette jurisprudence et de cette pratique à la présente affaire aurait exigé, en toute logique, que la Cour déboute la Guinée sur chaque chef de préjudice matériel ou de perte de biens matériels pour lequel elle n'avait pas fourni de «preuve suffisante» à l'appui de sa prétention. C'est ce que la Cour a fait concernant la perte alléguée de revenus (arrêt, par. 44, 45 et 46).

39. En effet, si les considérations d'équité peuvent, en cas de perte matérielle, être utilisées pour chiffrer l'indemnité lorsque n'est pas indiquée ou ne peut être connue la valeur précise de l'objet de la perte (bien matériel ou revenu), on ne peut pas faire l'économie de la preuve pour établir l'existence de l'objet en question, bien ou revenu.

40. Dans l'affaire *Diallo*, en dehors de l'inventaire, établi par les soins de l'ambassade guinéenne, des biens personnels de M. Diallo, inventaire

stated the following, first in respect of material damage and then in relation to moral damage:

> "83. The Court does not consider it appropriate to compensate the applicant for the alleged losses, *no causal link* having been established between the violation found and the negative effects the applicant's conviction allegedly had on his commercial activities and his social relations. (Emphasis added.)
>
> . . . . . .
>
> 85. As regards non-pecuniary damage, the Court considers that, in the circumstances of the case, the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction (see *Brozicek* v. *Italy*, judgment of 19 December 1989, Series A, No. 167, p. 20, para. 48; *F. C. B.* v. *Italy*, cited above, p. 22, para. 38; and *T.* v. *Italy*, cited above, p. 43, para. 32)." (*Somogyi* v. *Italy*, application No. 67972, judgment of 18 May 2004, ECHR, paras. 83-85.)

36. If one had to choose some exemplary cases in this respect from the case law of the Iran-United States Claims Tribunal, it would be appropriate to recall those which are similar to the one before the Court, namely the *Rankin*, *Daley* and *Yeager* cases, in which the Tribunal demanded proof of a causal link between the alleged loss of property and the conduct of the author of the internationally wrongful act, requiring the applicants to demonstrate that they had abandoned the property in question on leaving Iran, or that the property had been expropriated.

37. In view of all of the foregoing, it seems to me that whenever an injury is linked to an object, a tangible thing whose existence can be substantiated by evidence, decisions should not be made on the basis of conjecture or of equity — as the majority of the Court has chosen to do in the present Judgment; nor should the Court act on the basis of any reason or consideration other than that of sufficient proof, that is to say, proof evidenced by documents.

The Present Case

38. Had this case law and practice been applied in the present case, the Court would inevitably have had to reject Guinea's claims for every head of material injury or loss of material property for which it had failed to provide "sufficient proof" in support of its claim. This is what the Court did in respect of the alleged loss of earnings (Judgment, paras. 44, 45 and 46).

39. Thus, although considerations of equity may be used in the event of material loss in order to put a figure to the compensation —when the exact value of the loss sustained (property or earnings) is not indicated or cannot be determined — it is not possible to dispense with evidence in order to prove the existence of the object in question, be it property or earnings.

40. In the *Diallo* case, beyond the inventory of Mr. Diallo's personal property drawn up by the Guinean Embassy — an inventory which is

rapporté par la RDC dans son contre-mémoire mais fourni par la Guinée elle-même (voir annexes 199 et 200 du mémoire introductif d'instance), aucune preuve n'a été administrée par la Guinée qu'il existait d'autres biens. Ce n'est certainement pas le luxe dans lequel vivait M. Diallo en 1984 (montres Cartier, grandes réceptions et vêtements de haute couture) qui prouverait la présence, non constatée par l'inventaire, de nombreux biens de luxe et de prestige jusqu'en 1996, alors que, depuis 1995, M. Diallo s'était fait déclarer indigent et connaissait des difficultés financières. Si M. Diallo a dû renoncer aux biens qu'il prétend avoir perdus, c'est en raison des difficultés financières des sociétés qu'il dirigeait, et non du fait de l'expulsion illicite opérée par les autorités congolaises.

41. Par ailleurs, la norme de preuve, ne serait-ce que pour l'évaluation de la valeur à rembourser, est telle que, dans l'affaire *Chevreau*, l'arbitre, tout en admettant qu'il paraissait «probable que M. Chevreau ait possédé dans son logement plus de vêtements que ceux qui figurent à l'inventaire», dut renoncer, après en avoir considéré la possibilité, à accorder une indemnité pour la perte de ces vêtements, «*faute de renseignements lui permettant* de calculer une indemnité de ce chef» (affaire *Chevreau*, précitée, par. 24-25 et 41-42; les italiques sont de moi).

42. On peut également penser que, si, dans l'affaire *Chevreau*, l'arbitre fit une exception concernant la perte d'un violon non répertorié, c'est parce qu'il avait été établi qu'un étui à violon avait bien été retrouvé vide dans la maison, ce qui permit de présumer que M. Chevreau avait pu détenir un violon, pour l'éventuelle perte duquel il lui fut alloué une indemnité de 100 livres sterling. Dans la présente affaire, la Cour ne dispose même pas d'une présomption convaincante qui montrerait que M. Diallo ait disposé d'autres biens que ceux listés dans l'inventaire.

43. Certes, le sort des biens en question après l'établissement de l'inventaire n'a pas pu être établi avec précision, mais il n'a pas non plus été démontré qu'ils avaient été perdus. Sur ce point, le Gouvernement congolais soutient, et aucune preuve à l'effet contraire n'a été présentée, que ces biens devaient s'être retrouvés dans l'appartement, sans doute sous la garde de l'ambassade guinéenne. En tout état de cause, rien n'a été tenté pour prouver que la RDC serait responsable de leur perte ou de leur vol éventuels, alors qu'ils étaient sous la garde des fidèles employés de la maison de M. Diallo, de ses amis ou de l'ambassade guinéenne elle-même. Cet argument a été utilisé par la RDC pour montrer que, de son point de vue, l'inventaire des biens trouvés dans l'appartement qu'occupait M. Diallo constituait une pièce probante et crédible parce qu'il avait été dressé à l'initiative et par les soins de l'ambassade guinéenne elle-même. Le défendeur a soutenu également, comme le rappelle l'arrêt (par. 31), que, jusqu'à preuve du contraire, cet inventaire faisait état de la totalité des biens détenus par M. Diallo dans son appartement et que, ensuite, ils avaient été récupérés par l'ambassade parce que le Gouvernement congolais n'avait eu aucune occasion ni aucune raison d'en prendre possession, ni ne les avait confisqués.

44. De même, si l'arbitre saisi de l'affaire *Chevreau* considéra qu'il n'avait pas été prouvé à sa satisfaction qu'un lien de causalité existât

mentioned by the DRC in its Counter-Memorial, but actually provided by Guinea itself (see Annexes 199 and 200 of the Memorial) — no evidence has been produced by Guinea attesting to the existence of any other property. Mr. Diallo's lavish lifestyle in 1984 (Cartier watches, grand receptions and designer clothes) does not prove that a number of luxury and prestige items, not listed on the inventory, still existed in 1996, in circumstances where, in 1995, Mr. Diallo had had himself declared indigent and was experiencing financial difficulties. If Mr. Diallo was forced to abandon the property which he claims to have lost, it was because of the financial difficulties of the companies he managed, and not because of the wrongful expulsion carried out by the Congolese authorities.

41. Furthermore, the standard of proof — if only in respect of the evaluation of the amount to be reimbursed — is such that, in the *Chevreau* case, while accepting that it appeared "probable that Mr. Chevreau had in his rooms more clothing than was indicated in the inventory", the arbitrator, having contemplated the possibility of awarding an indemnity for the loss of this clothing, was obliged to reject that claim "*for lack of information which would permit him* to calculate an indemnity on this ground" (*Chevreau* case, cited above, paras. 24-25 and 41-42; emphasis added).

42. One might also add in respect of the *Chevreau* case that, although the arbitrator made an exception concerning the loss of a violin, whose existence had not been recorded, he did so because it had been established that an empty violin case had been found at the house, allowing for the presumption that Mr. Chevreau could have owned a violin. For the potential loss of the violin, he was awarded compensation of 100 pounds sterling. In the present case, the Court is unable even to raise a convincing presumption that Mr. Diallo owned possessions other than those listed on the inventory.

43. It is true that it has not been possible to establish definitively the fate of the property in question following the drawing up of the inventory; however, nor has it not been demonstrated that they had been lost. On this point, the Congolese Government argues — and no evidence to the contrary has been produced — that this property should have been in the apartment, which in all likelihood was under the guard of the Guinean Embassy. In any event, no attempt has been made to prove that the DRC is responsible for the possible loss or theft of that property while it was under the guard of Mr. Diallo's trusted household staff, his friends or the Guinean Embassy itself. This reasoning was adopted by the DRC to support its view that the inventory of the property found in the apartment occupied by Mr. Diallo was a credible piece of evidence of probative value, since it had been drawn up on the initiative of and by the Guinean Embassy itself. As the Judgment recalls (para. 31), the Respondent also maintained that, in the absence of evidence to the contrary, that inventory included all Mr. Diallo's property that was in his apartment and that this property had subsequently been recovered by the Embassy, because the Congolese Government had had no opportunity or reason to take possession of it, nor had it confiscated it.

44. Equally, while the arbitrator in the *Chevreau* case considered that it had not been satisfactorily established that there was a causal link

entre la perte, alléguée par le Gouvernement français, de certains biens de M. Chevreau et le comportement du Gouvernement britannique alors même que ce dernier n'avait pas nié avoir eu la responsabilité de la garde des biens (affaire *Chevreau*, précitée, par. 24-25 et 41-42), en l'espèce, la situation est plutôt incertaine. En effet, la Cour elle-même laisse entendre qu'il n'y aurait aucun lien de causalité clairement établi et permettant de conclure que les biens prétendument perdus «l'[avaient] été en conséquence du comportement illicite de la RDC» (arrêt, par. 32). De plus, elle admet volontiers que «[l]a Guinée n'avance aucune preuve que M. Diallo aurait tenté de déménager les biens qui se trouvaient dans son appartement ou de les céder à des tiers, et il n'a pas davantage été démontré que la RDC l'en aurait empêché», et que «la Guinée n'a ... pas réussi à établir l'étendue de la perte subie par M. Diallo en ce qui concerne ses biens personnels répertoriés dans l'inventaire ni la mesure dans laquelle cette perte aurait été causée par le comportement illicite de la RDC» (*ibid.*, par. 31), ne trouvant donc aucun lien de causalité rattachant une éventuelle perte de biens aux détentions et à l'expulsion illicites de M. Diallo.

45. De toute façon, aucune preuve n'a été faite de la perte de tels biens, ni de leur valeur, ni du fait que la RDC fût responsable de cette prétendue perte, ainsi que la Cour le reconnaît (*ibid.*, par. 31-33); ce chef de préjudice aurait donc dû être rejeté.

46. Mais, paradoxalement, après avoir pourtant ainsi conclu à l'inexistence de quelque preuve «certaine», la Cour alloue une indemnité qu'elle fonde sur une sorte d'argument supplétif inattendu. En effet, tout en envisageant que puisse être fondée «l'affirmation de la RDC selon laquelle ces biens de M. Diallo se seraient trouvés entre les mains de représentants guinéens et de proches de M. Diallo après l'expulsion de ce dernier», elle considère néanmoins qu'«à tout le moins l'intéressé aurait eu à les déménager en Guinée ou à prendre des mesures pour pouvoir en disposer en RDC». La réparation n'est donc plus envisagée en raison de la perte certaine des biens en question ni du rôle joué par le Gouvernement congolais dans cette perte; du coup, elle ne repose plus sur aucun fondement. Toutefois, ne pouvant sérieusement avancer la circonstance du «déménagement» des biens en Guinée ou de leur «disposition» en RDC comme fondement d'une indemnisation, ce qui supposerait la preuve de l'existence de leur existence, de leur perte et du lien de causalité entre cette perte et le comportement de la RDC, c'est visiblement par artifice et sans motivation évidente que la majorité de la Cour se contente (*ibid.*, par. 36) d'affirmer que, «étant parvenue aux conclusions qui précèdent ... au sujet des biens personnels de M. Diallo ... la Cour décide d'attribuer la somme de 10 000 dollars des Etats-Unis au titre de ce chef de préjudice». Or, sur ce point précis, on se rend compte, bien au contraire, que la Cour était parvenue à la conclusion qu'aucun élément de preuve n'avait été fourni par la Guinée. Alors, au titre de quel préjudice?

47. Je suis donc d'avis que la majorité n'a pas correctement apprécié la situation en jugeant qu'elle était fondée à accorder une indemnisation pour la perte de biens matériels dont ni l'existence, ni la valeur, ni même

between the loss, as alleged by the French Government, of certain property belonging to Mr. Chevreau and the conduct of the British Government — even though the latter did not deny that it was responsible for safeguarding the property (see *Chevreau* case, cited above, paras. 24-25 and 41-42), the situation in the present case is somewhat unclear. In effect, the Court itself lets it be understood that there is no clearly established causal link enabling it to be concluded that the alleged loss of that property "was caused by the DRC's unlawful conduct" (Judgment, para. 32). Moreover, it freely admits that "Guinea does not point to any evidence that Mr. Diallo attempted to transport or to dispose of the property in the apartment, and there is no evidence before the Court that the DRC barred him from doing so" and that "Guinea has failed to prove the extent of the loss of Mr. Diallo's personal property listed on the inventory and the extent to which any such loss was caused by the DRC's unlawful conduct" (*ibid.*, para. 31), concluding therefore that there is no causal link between the alleged loss of property and the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo.

45. In any event, no evidence has been produced which attests to the loss of this property, or to its value, or to the fact that the DRC was responsible for that purported loss, as the Court recognizes (*ibid.*, paras. 31-33); this head of damage should therefore have been rejected.

46. Paradoxically, however, having thus concluded that there is no "definite" proof, the Court proceeds to award compensation by producing a sort of unexpected auxiliary argument. Thus, while accepting that the DRC might be correct in its "contention that Guinean officials and Mr. Diallo's relatives were in a position to dispose of that personal property after Mr. Diallo's expulsion", the Court nevertheless considers that, "at a minimum, Mr. Diallo would have had to transport his personal property to Guinea or to arrange for its disposition in the DRC". Reparation is thus no longer envisaged on account of the definite loss of the property in question, nor of the role played by the Congolese Government in that loss; consequently, it no longer has any legal basis. However, unable to rely on the "transport" of the property to Guinea or its "disposition" in the DRC as a serious basis for compensation — which would imply that there was proof of the property's existence, its loss and the causal link between that loss and the DRC's conduct — it is by pure artifice, and with no clear reasoning, that the majority of the Court is content to state (*ibid.*, para. 36) that "in view of the Court's conclusions above . . . regarding the personal property of Mr. Diallo . . ., the Court awards the sum of US$10,000 under this head of damage". However, on this precise point, it can be seen that the Court had, in fact, reached the opposite conclusion — that no evidence whatsoever had been supplied by Guinea. What, then, is the head of damage in question?

47. I am therefore of the opinion that the majority has failed to assess the situation correctly in holding that it was entitled to award compensation for loss of physical property whose existence and value have not been

la perte et l'imputabilité de celle-ci à la RDC, ne sont établies. Il semble qu'il eût été difficile de ne pas comparer la hauteur des prétentions initiales de la Guinée et celle des réparations auxquelles elle pouvait finalement prétendre sur la base du dossier présenté par elle et jugé par la Cour. Cette idée de la compensation ne me semble pas correspondre, en l'espèce, à ce qu'on pourrait appeler l'«équité».

(Signé) Auguste MAMPUYA.

established, nor its loss, or the DRC's responsibility for that loss. It appears to have been difficult to avoid comparing the size of Guinea's initial claims with the amount of reparation that it was ultimately entitled to claim on the basis of the case file submitted by it and considered by the Court. That notion of compensation does not, in my view, correspond in the present case to what might be called "equity".

(Signed) Auguste MAMPUYA.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

INDEX

2012

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

INDEX

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071149-4

N° de vente:
Sales number **1035**

INDEX FRANÇAIS[1]

A

Abus de pouvoir: (I) 16.

Accord d'hébergement du Mécanisme mondial: (I) 32-33, 35, *53*.

Accord portant création du FIDA (13 juin 1976): (I) 21.

Accord régissant les relations entre l'ONU et le FIDA: (I) 21-22.

Actions civiles: (I) 107-108, 117, 120, 127, 134-135, 139, 153, 155, *157, 196, 229-230, 249, 292, 298, 304, 320*.

Administration de la preuve: (I) 333-344, *372, 387-389, 392-393, 399-401, 404-420*; (II) 453, 456, *499, 501-502, 505, 583*, 644-662, 669, 705, *751-756, 765-766*.

Amicus curiae: (I) *92*.

Appropriation: (II) 641-645.

Arbitrage: (II) 434-436, 440, 445-448, *560-565, 592-593, 596, 598-600, 602-603, 606, 608-610, 616-617, 619*.

Arrestation: (I) 328-331, 333-334, 339, *388, 392-393, 400-405, 413, 415*.

Assemblée générale des Nations Unies: (I) 20-21, *67, 70, 81-82*.

Résolution 89 (I) (11 décembre 1946): (I) 22.
Résolution 95 (I) (11 décembre 1946): (I) 122.
Résolution 957 (X) (8 novembre 1955): (I) *66*.
Résolution 2625 (XXV) (24 octobre 1970): (I) *161*.
Résolution 32/107 (15 décembre 1977): (I) 21.
Résolution 47/188 (22 décembre 1992): (I) 32.
Résolution 50/54 (11 décembre 1995): (I) 26-27, *70*.
Résolution 52/198 (18 décembre 1997): (I) 34.
Résolution 59/38 (2 décembre 2004): (I) *168, 175, 315*
Résolution 60/147 (16 décembre 2005): (I) *209-301, 368, 386, 397*.

Association de droit international (ADI): (I) *194-198, 209*.

[1] Les chiffres en italique indiquent des références au texte d'opinions individuelles ou dissidentes et de déclarations.

Audiences publiques: (I) 18-19, 30-31, *58, 62-67, 70, 81-82, 88, 90, 92,* 106-107, *281*; (II) 427-431, 437, 443, 446, 448-449, *464-465, 477, 481, 490, 498, 500, 527, 540, 549, 551, 569, 590, 612,* 631-632.

***Aut dedere aut judicare* (Obligation —):** (II) 434, 439, 450, 455-456, *466-467, 491, 500-502, 504, 511, 518, 545, 548, 550, 567-570, 576, 579-581, 585, 597, 604.*

Voir aussi *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants: Article 7.*

***Aut dedere aut punire* (Principe —):** (II) 434, 444, *596, 599.*

B

Bonne administration de la justice: (I) 25, 29-30, *57, 61-63, 68-69, 81, 90-92.*

C

Circonstance(s) pertinente(s): (II) 693-697, 700-710, 715-717, *735-739, 744, 746-747, 755.*

Clause Martens: (I) *222, 224.*

Clause de renonciation: (I) *188, 202-207, 211-212, 216, 275, 278.*

Clause de sauvegarde: (I) 126, 128-129.

Comité des droits de l'homme: (I) 27, *84,* 335; (II) *539, 540-541.*

Comité des Nations Unies contre la torture: (II) 435, 438-439, 457-458, *483, 489, 495-497, 510, 512, 514-515, 532, 539-542, 547, 550-552, 576-578.*

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples: (I) 335.

Commission d'indemnisation des Nations Unies: (I) 331, 340, *388.*

Commission des limites du plateau continental des Nations Unies: (II) 666-667, 669, *752, 754, 756-759, 762, 764-766, 770.*

Commission des Nations Unies sur le Darfour: (I) *267-268, 300.*

Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie: (I) 331, *370, 388.*

Commission du droit international (CDI): (I) 123, 127, 129-130, 138, *158-159, 165-170, 175, 199-200, 223-224, 259-260, 314-315, 318, 320, 359, 365, 396, 406, 410*; (II) *469, 484-485, 506-507, 614, 740-741.*

Articles de la — sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: (I) 124, 140, 153, *200, 204, 268, 296, 318-319, 397*; (II) *469, 575.*

Compétence:

— de la Cour internationale de Justice: (I) 19-24, 117-120; (II) 427-430, 440-448, 462, *464-468, 471-476, 483, 518, 541-544, 553, 559-565, 577, 588-589, 591-604, 606-610, 616-617, 619*, 630-631, 637-638, *724, 731, 750.*

— du Tribunal admir atif de l'Organisation internationale du Travail: (I) 15-17, 20, 23, 2ɔ, -49, *54, 59, 63, 94-95.*

Compétence universelle: (II) 428, 430-431, 451, 453, 455, 461, *465-466, 478-481, 496, 504, 535-536, 545, 547, 556, 572, 578, 580, 582-583, 616.*

Voir aussi *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984: Article 5.*

Cons de sécurité des Nations Unies: (I) 20-21.

Résolution 1315 (14 août 2000): (II) *583.*
Résolution 1757 (30 mai 2007): (II) *583.*

Côte(s) pertinente(s): (II) 674-681, 698-699, *737.*

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP): (I) *75, 78, 371.*

Voir aussi *Jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.*

Cour centraméricaine de justice: (I) *74.*

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH): (I) *75, 78, 84-86*, 331, 337, 340, *348, 350, 375, 382-383, 386, 388, 397, 404, 408, 410, 414, 416*; (II) *484.*

Voir aussi *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.*

Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH): (I) *75, 78, 85-86*, 331, 337, 340, *348, 350, 369, 379, 382-383, 386, 388, 397, 404, 407-410, 414-415.*

Voir aussi *Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.*

Cour permanente de Justice internationale (CPJI): (I) *74.*

Voir aussi *Jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale; Statut de la Cour permanente de Justice internationale.*

Crime contre l'humanité: (I) 119, 121, 135, 137, 139, 142-143, 145, *157, 178, 193, 195, 200, 206, 208, 213, 219-221, 224-225, 233, 243-245, 249, 252, 255, 270, 289-290, 307, 318*; (II) 428-433, 435, 437, 441-442, 444, 452, *465, 471, 474, 476-480, 509, 512, 521, 540, 557, 601, 604.*

Crime de génocide: (II) 429-430, 432, 435, 437, 442, 444, 449, *465, 471, 474, 476, 478, 483, 509, 575, 588, 601, 604, 613.*

Crime de guerre: (I) 119, 121-122, 135-137, 142, 145, 149, *170, 187, 195, 200, 203, 208, 211-214, 216-217, 219-225, 232, 244-245, 266, 270, 277-279, 290, 307*; (II) 428-430, 432, 435, 437, 442, 444, *465, 471, 474, 476-480, 509, 540, 601, 604.*

D

Date critique: (II) 652-653.

Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice: (I) 328; (II) 427, 440-441, 448, *472, 483-485, 560, 591-593, 600-604, 606, 610*, 631.

Déclaration universelle des droits de l'homme: (I) *60.*

Délimitation maritime: (II) 624-*771.*

Méthode: (II) 634, 636, 671, 683, 693-698, 719, *735-739, 741-745.*

Demande(s) reconventionnelle(s): (I) 105, 117, 119, *185-188, 204, 207, 216, 218, 225, 269, 278-280*; (II) 670.

Déportation: (I) 110, 113-114, 121, 133, 140, 142, *205-207, 219-220, 224, 226, 246, 249-252, 258, 273, 285-286, 288-289, 290, 316.*

Dernier recours (Argument du —): (I) 135, 142, *176, 293.*

Détention: (I) 328-334, 336, 338-343, 345, *349-350, 364-365, 374, 385-395, 398-399, 401, 404-405, 407-408, 412-413, 415-416, 419.*

Droit des conflits armés: (I) 136, 139-140, 145.

Droit international coutumier: (I) 120, 122-145, 147-148, *158, 167, 172, 178, 183, 196, 201, 204-205, 215, 220-224, 230, 233, 238, 265, 267-268, 271, 289, 291, 296-300, 304-305, 309, 317, 321, 360*; (II) 426, 429-430, 444-445, 456-457, 460, 462, *465, 471-480, 485, 489, 521, 523, 526, 541-544, 550, 553, 556-558, 590, 601-602, 604, 606, 610, 613-615, 620*, 645, 666, 673-674, 689-690, *740, 763-764, 771.*

Droit international des droits de l'homme: (I) 136-137, 139, *159, 177, 182-184, 196-198, 200-202, 206, 208, 210-211, 214, 227-229, 231, 235-236, 241, 244-245, 249, 266-267, 269-270, 285, 293-295, 299-301, 307-309, 318*, 331, 335, *348-349, 359, 361-384, 386, 391, 394-395, 397-398, 404, 406-407, 409, 414-416*; (II) 431, 438, *490-491, 505-541, 545-550, 554-558, 588, 599.*

Voir aussi *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme; Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.*

Droit international humanitaire: (I) 105, 107-109, 116-117, 119, 130, 136, 139, 153-155, *159, 187, 198-202, 225, 245, 249, 266-267, 269-270, 280-283, 285, 290, 293-295, 299-301, 303-304, 307-309, 368, 370, 372, 379, 386*; (II) 431-432, 435, 444, *464, 479, 490, 505, 509, 519, 533-534, 540-541, 546, 558, 572.*

E

Effectivités: (II) 646, 652-657, *730-735.*

Egalité souveraine (Principe de l'—): (I) 123-124, *158, 160-161, 166-167, 173-174, 284.*

Enclavement: (II) 634-636, 671, 688, 694-696, 700, 702-703, 708, 713.

Enveloppe d'arcs: (II) 713, 715, 719-720, *748.*

Equité (Considérations d'—): (I) 334-335, 337, *372-384, 388-390, 393, 400-401, 413-414, 416-417.*

***Erga omnes partes* (Obligations —):** (II) 449-450, 458, *469-470, 481-486, 489, 527-529, 556, 574-577, 581, 587-589, 608, 611-619.*

Exception territoriale: (I) 127-135, *173, 213, 232, 234, 238-239, 297, 304, 309-321.*

Voir aussi *Immunité juridictionnelle.*

Exception(s) préliminaire(s): (I) 328, 341 ; (II) 631, 635-637, 648-649.

Exequatur: (I) 107-109, 115-117, 134, 139, 145-147, 149-153, 155.

Expulsion: (I) 328-334, 336-343, 345, *349-350, 364-365, 374, 385-389, 391-395, 399, 401, 404-405, 407-408, 411-413, 416-419.*

F

Faute essentielle: (I) 15-16, 20, 23-24, 48-49, *63, 95-96.*

Fixation de délais: (I) 3-5, 7-8, 17, 105-106, 329; (II) 427, 631.

Flèche directionnelle: (II) *749-750, 757.*

Fondation « Mémoire, responsabilité et avenir »:

Cadre juridique: (I) *272-274.*
Loi portant création de la — (2 août 2000): (I) 112-113, *187-188, 203, 272-277, 279-280.*

Fonds international de développement agricole (FIDA):

Questions posées à la CIJ par le —: (I) 36.

Question I: (I) 15, 36-48, 50, *94.*
Question II: (I) 15-16, 48-50, *94.*
Question III: (I) 16, 48-50, *94.*
Question IV: (I) 16, 48-50, *94.*
Question V: (I) 16, 48-50, *94.*
Question VI: (I) 16, 48-50, *94.*
Question VII: (I) 16, 48-50, *94.*
Question VIII: (I) 16, 48-50, *94.*
Question IX: (I) 16, 49-50, *94.*

Force obligatoire: (I) 15, 20, 22-23.

Forclusion: (I) 113-114.

H

Hypothèque judiciaire: (I) 109, 116, 146-148, 150, *228*.

I

Ile(s): (II) 636, 642-645, 673-674, 689-692, *771*.

Immunité d'exécution: (I) 146-147, 150, *165*.

Immunité juridictionnelle:

Exceptions à l'—: (I) 124-143, *157-170, 172-178, 183, 196, 211-215, 231-233, 237-239, 266, 296-322*.
— de l'Etat: (I) 105-*322*.
— des représentants de l'Etat: (I) 138-139, 143, *163-165, 178, 302*; (II) *432-433, 620-621*.

Voir aussi *Exception territoriale*.

Indemnisation: (I) 111-114, 116, 137, 141-142, 146, 149, 153, *159-160, 170-171, 187-188, 190, 204, 209, 212-214, 216-217, 235, 251, 263, 267-268, 272-280, 284, 288, 290, 293-302, 307-308, 318*, 329-346, *385-390, 396-402*.

Montant: (I) 335-345, *348, 350, 364, 372, 374-375, 383-385, 388, 391-409, 414*.

Institut de droit international: (I) *162, 165-166, 168, 174, 184, 194-198, 303, 305-307*.

Institutions spécialisées: (I) 17, 20-23, 28-29, 35, 41, *53, 59, 62-63*.

Intérêt pour agir: (II) *468-470, 482-486*.

Internés militaires: (I) 110, 112-113, 121, 126, 143-144, *173-174, 188-190, 203, 214, 264, 272, 274-280, 290, 294, 300-301*.

Intervention: (I) 106, 109, *159*; (II) 632, *760-761*.

Requête à fin d' —: (I) 105, *246-247*.

J

***Jure gestionis* (Actes commis —):** (I) 124-125, 127, *172-173, 182, 211-213, 237-239, 241-242, 244-245, 250, 258, 284, 288, 297, 304, 313*.

***Jure imperii* (Actes commis —):** (I) 124-135, *157-160, 165, 172-173, 182, 211-213, 228, 234, 237-239, 241-242, 244-252, 258, 270-271, 284, 288, 297, 302, 304, 313-314, 317, 321*.

Jurisprudence de juridictions nationales:

Chambre des lords:

Alcom Ltd. c. République de Colombie, arrêt du 12 avril 1984: (I) 148.
Holland c. Lampen-Wolfe: (I) 132.
Jones c. Arabie saoudite: (I) 137-138, 141, *321*.
Pinochet: (I) 137-138.

Cour constitutionnelle allemande *(Bundesverfassungsgericht)*:

Décision du 14 décembre 1977: (I) 148.

Cour constitutionnelle de Slovénie:

Up-13/99, arrêt du 8 mars 2001: (I) 129, 133, 137, 141, *321*.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence (France):

Allianz Via Insurance c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt du 3 septembre 1999: (I) 132.

Cour d'appel d'Angleterre (chambre civile):

Farouk Abdul Aziz c. Yemen, 2005: (I) *301*.

Cour d'appel de Bruxelles:

S.A. Eau, gaz, électricité et applications c. Office d'aide mutuelle, 1957: (I) 132.

Cour d'appel de Dakar (chambre d'accusation):

Ministère public et François Diouf c. Hissène Habré, arrêt n° 135 du 4 juillet 2000: (II) 451-452, *509*.

Cour d'appel de Florence *(Corte di Appello di Firenze)*:

Distomo, arrêt du 2 mai 2005: (I) 115, 149-150, 152.
Distomo, arrêt du 13 juin 2006: (I) 116, 145-146, 149-150, 152.
Distomo, arrêt du 6 février 2007: (I) 115-116, 149, 151-152.
Distomo, arrêt du 21 octobre 2008: (I) 116, 149, 151-152.
Ferrini, arrêt du 16 novembre 2001: (I) 113.
Ferrini, arrêt du 17 février 2011: (I) 114.

Cour d'appel de l'Ontario:

Bouzari et autres c. République islamique d'Iran, arrêt du 30 juin 2004: (I) 137, 141, *321*.

Cour d'appel de Paris:

Arrêt du 9 septembre 2002: (I) 137.

Cour d'appel des Etats-Unis d'Amérique pour le district de Columbia:

Joo c. Japan, 2005: (I) *171*.

Cour d'appel du Royaume-Uni:

Littrell c. Etats-Unis d'Amérique (n° 2): (I) 132.

Cour d'appel du Schleswig (Allemagne):

Immunité du Royaume-Uni: (I) 132.

Cour de cassation de Dakar:

Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré, arrêt n° 14 du 20 mars 2001: (II) 452, *503*, *509*.

Cour de cassation française :

Bucheron, arrêt du 16 décembre 2003 : (I) 133, 137, *301*, *316*.
Grosz, arrêt du 3 janvier 2006 : (I) 133, 137, *316*.
La Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne, arrêt du 9 mars 2011 : (I) 142, *319*.
X, arrêt du 2 juin 2004 : (I) 133, 137.

Cour de cassation grecque *(Areios Pagos)* :

Distomo, arrêt du 4 mai 2000 : (I) 115, 134, 136, 149, *228*, *235*, *317*.

Cour de cassation italienne *(Corte Suprema di Cassazione)* :

Distomo, arrêt du 6 mai 2008 : (I) 116, 149, *211*.
Distomo, arrêt du 12 janvier 2011 : (I) 116, 149.
Ferrini c. République fédérale d'Allemagne, décision du 11 mars 2004 : (I) 113, *233-235*, *249*, *313*, *316*, *319*.
FILT-CGIL Trento c. Etats-Unis d'Amérique : (I) 132.
Giovanni Mantelli et autres, ordonnance du 29 mai 2008 : (I) 114, 137.
Liberato Maietta, ordonnance du 29 mai 2008 : (I) 114, 137.
Massacre de Civitella, arrêt du 13 janvier 2009 : (I) *249*.
Milde, arrêt du 13 janvier 2009 : (I) *319*.

Cour fédérale de Rio de Janeiro :

Arrêt du 9 juillet 2008 : (I) 133.

Cour supérieure du Québec :

Kazemi (succession de) et Hashemi c. Iran, Ayatollah Ali Khamenei et autres, décision du 25 janvier 2011 : (I) *234*.

Cour suprême d'Autriche :

Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, arrêt de 1961 : (I) 127, *304*.

Cour suprême d'Irlande :

McElhinney c. Williams, arrêt du 15 décembre 1995 : (I) 129, 132, *313-314*.

Cour suprême de Pologne :

Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne, arrêt du 29 octobre 2010 : (I) 129, 133, 137, 141, *317*.

Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique :

Schooner Exchange c. McFaddon, 1812 : (I) *162-164*.

Cour suprême des Pays-Bas :

Etats-Unis d'Amérique c. Autorités portuaires d'Eemshaven : (I) 132.

Cour suprême du Canada :

Kuwait Airways Corp. c. Irak : (I) 152, *301*.
Schreiber c. République fédérale d'Allemagne et le procureur général du Canada : (I) 127, *313*.

Cour suprême du Royaume-Uni :

NML Capital Limited c. République d'Argentine, 2011 : (I) 152.

Cour suprême fédérale allemande *(Bundesgerichtshof)* :

Ressortissants grecs c. République fédérale d'Allemagne, arrêt du 26 juin 2003 : (I) 115, 134, *321*.

Haute Cour de Nouvelle-Zélande:

Fang c. Jiang, 2007: (I) 137, 141.

Tribunal constitutionnel espagnol:

Abbott c. République d'Afrique du Sud, arrêt du 1er juillet 1992: (I) 148.

Tribunal d'Arezzo *(Tribunale di Arezzo)*:

Ferrini, décision du 3 novembre 2000: (I) 113.
Ferrini, décision du 12 avril 2007: (I) 113-114.

Tribunal de première instance de Gand:

Botelberghe c. Allemagne, décision du 18 février 2000: (I) 129, 133.

Tribunal de première instance de Leskovac (Serbie):

Jugement du 1er novembre 2001: (I) 133.

Tribunal des prud'hommes de Hanovre:

Conrades c. Royaume-Uni, 1981: (I) *301*.

Tribunal fédéral du district de Columbia (Etats-Unis d'Amérique):

Letelier c. République du Chili, 1980: (I) 131.

Tribunal fédéral suisse:

Royaume d'Espagne c. Société X, arrêt du 30 avril 1986: (I) 148.

Tribunal grec de première instance *(Protodikeio)* de Livadia:

Distomo, jugement du 25 septembre 1997: (I) 115-116, 146, 149, *248*.

Tribunal supérieur spécial grec *(Anotato Eidiko Dikastirio)*: (I) *215*.

Margellos c. République fédérale d'Allemagne, arrêt du 17 septembre 2002: (I) 116, 134, 136, 142, *211*, *216*, *317*.

Jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples:

Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal, arrêt du 15 décembre 2009: (II) 438, *510-511*.

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne:

Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG (affaire C-381/99), arrêt du 26 juin 2001: (I) *411*.

Jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest:

Hissein Habré c. République du Sénégal, arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/10 du 18 novembre 2010: (II) 438, 459-460, *511*, *548-549*.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme:

Ahmed c. Roumanie, arrêt du 13 juillet 2010: (I) *416*.
Airey c. Irlande, arrêt du 6 février 1981: (I) *416*.
Al-Adsani c. Royaume-Uni, arrêt du 21 novembre 2001: (I) 139, 142, *228-230*, *232*, *260*, *286*, *319-320*.
Al-Jedda c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 2011: (I) 335, *394*.
Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 2010: (II) *522*.
Andrejeva c. Lettonie, arrêt du 18 février 2009: (I) *60*.
Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985: (I) *256-257*.

Assanidzé c. Géorgie, arrêt du 8 avril 2004: (I) *374-375, 389.*
Associazione nazionale reduci et 275 autres c. Allemagne, décision du 4 septembre 2007: (I) 113.
Beer et Reagan c. Allemagne, arrêt du 18 février 1999: (I) *298-299.*
Borgers c. Belgique, arrêt du 30 octobre 1991: (I) *85.*
Borisenko c. Ukraine, arrêt du 12 janvier 2012: (I) *416.*
Colozza et Rubinat c. Italie, arrêt du 12 février 1985: (II) *507.*
Cordova c. Italie, arrêt du 30 janvier 2003: (I) *256.*
Delcourt c. Belgique, arrêt du 17 janvier 1970: (I) *84.*
Delta c. France, arrêt du 19 décembre 1990: (I) *375, 388.*
Demir et Baykara c. Turquie, arrêt du 12 novembre 2008: (II) *522.*
Dombo Beheer c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 1993: (I) *84.*
Ekbatani c. Suède, arrêt du 26 mai 1988: (I) *85.*
Elci et autres c. Turquie, arrêt du 13 novembre 2003: (I) 340.
Ernst c. Belgique, arrêt du 15 juillet 2003: (I) *256.*
Fogarty c. Royaume-Uni, arrêt du 21 novembre 2001: (I) *232.*
Hentrich c. France, arrêt du 22 septembre 1994: (I) *85.*
Hornsby c. Grèce, arrêt du 19 mars 1997: (I) *259.*
Kalachnikov c. Russie, arrêt du 15 juillet 2002: (II) *524.*
Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne, arrêt du 12 décembre 2002: (I) 115, 134, 139, 142, *232.*
Khamidov c. Russie, arrêt du 15 novembre 2007: (I) 342.
Kononov c. Lettonie, arrêt du 24 juillet 2008: (I) *221, 250.*
Kononov c. Lettonie, arrêt du 17 mai 2010: (I) *222-223, 250.*
Kudla c. Pologne, arrêt du 18 octobre 2000: (I) *259.*
Lobo Machado c. Portugal, arrêt du 20 février 1996: (I) *85.*
Lordos et autres c. Turquie (satisfaction équitable), arrêt du 10 janvier 2012: (I) 344.
Lupsa c. Roumanie, arrêt du 8 juin 2006: (I) 337, *374, 394, 408.*
Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, arrêt du 25 juillet 2000: (I) *375.*
Mantovanelli c. France, arrêt du 18 mars 1997: (I) *85.*
McElhinney c. Irlande, arrêt du 21 novembre 2001: (I) 132, *230-232, 313-314.*
Monnell et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 2 mars 1987: (I) *84.*
Nideröst-Huber c. Suisse, arrêt du 18 février 1997: (I) *85.*
Orhan c. Turquie, arrêt du 18 juin 2002: (I) *375, 414.*
Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50), arrêt du 31 octobre 1995: (I) 344.
Rowe et Davis c. Royaume-Uni, arrêt du 16 février 2000: (I) *84.*
Ruiz-Mateos c. Espagne, arrêt du 23 juin 1993: (I) *85.*
Selçuk et Asker c. Turquie, arrêt du 24 avril 1998: (I) *375.*
Selmouni c. France, arrêt du 28 juillet 1999: (II) *524.*
Soering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989: (II) *524.*
Somogyi c. Italie, arrêt du 18 mai 2004: (I) *416-417.*
Stafford c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 2002: (I) *388.*
T. P. et K. M. c. Royaume-Uni, arrêt du 10 mai 2001: (I) *256.*
Teixeira de Castro c. Portugal, arrêt du 9 juin 1998: (I) 340.
Vermeulen c. Belgique, arrêt du 20 février 1996: (I) *85.*
Waite et Kennedy c. Allemagne, arrêt du 18 février 1999: (I) *256, 298-299.*
Z. et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 10 mai 2001: (I) *256.*

Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme: (I) *370-376.*

Affaire des enfants des rues (Villagrán-Morales et autres) c. Guatemala, arrêt du 26 mai 2001: (I) 340, *373*; (II) *533.*
Akdivar et autres c. Turquie (article 50), arrêt du 1er avril 1998: (I) *411.*
Almonacid Arellano c. Chili, arrêt du 26 septembre 2006: (I) *202.*
Aloeboetoe et autres c. Suriname, arrêt du 10 septembre 1993: (I) *373.*
Baldeón García c. Pérou, arrêt du 6 avril 2006: (II) *520.*
Bámaca-Velásquez c. Guatemala, arrêt du 22 février 2002: (I) 343, *374.*
Barrios Altos c. Pérou, arrêt du 14 mars 2001: (I) *374.*
Bulacio c. Argentine, arrêt du 18 septembre 2003: (I) *373-374*; (II) *534.*

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (II) *534-535.*

Caesar c. Trinidad et Tobago, arrêt du 11 mars 2005: (II) *520.*
Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt du 18 août 2000: (I) *86*; (II) *519, 524.*
Cantoral Benavides c. Pérou, arrêt du 3 décembre 2001: (I) 335, *372-373, 414.*
Caracazo c. Vénézuela, arrêt du 29 août 2002: (I) *372, 389.*
Castillo-Páez c. Pérou, arrêt du 27 novembre 1998: (I) *374.*
Castillo Petruzzi et autres c. Pérou, arrêt du 4 septembre 1998: (I) *86, 365, 379.*
Chaparro Alvarez et Lapo Iñiguez c. Equateur, arrêt du 21 novembre 2007: (I) 337, 342, *409.*
Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, arrêt du 31 août 2001: (I) *373.*
Communauté Moiwana c. Suriname, arrêt du 15 juin 2005: (I) *373-374.*
Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière, avis consultatif n° 16 du 1er octobre 1999: (I) *86.*
El Amparo c. Venezuela, arrêt du 14 septembre 1996: (I) *389.*
Frères Gómez-Paquiyauri c. Pérou, arrêt du 8 juillet 2004: (I) *415*; (II) *520.*

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (I) *415*; (II) *520.*

Goiburú et al. c. Paraguay, arrêt du 22 septembre 2006: (I) *202, 209, 252, 254-255, 257, 414*; (II) *520, 528.*
Gutiérrez-Soler c. Colombie, arrêt du 12 septembre 2005: (I) 333, 337, *394.*
H. L. R. c. France (requête n° 24573/94), arrêt du 29 avril 1997: (I) *411.*
Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago, arrêt du 21 juin 2002: (I) *85-86, 374.*
Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay, arrêt du 2 septembre 2004: (I) *374.*
Juan Humberto Sánchez c. Honduras, arrêt du 7 juin 2003: (I) *86.*
La Cantuta c. Pérou, arrêt du 29 novembre 2006: (I) *202, 257, 414.*
Las Palmeras c. Colombie, arrêt du 26 novembre 2002: (I) *374.*
Loayza Tamayo c. Pérou, arrêt du 27 novembre 1998: (I) *86, 374.*
Maritza Urrutia c. Guatemala, arrêt du 27 novembre 2003: (I) *86*; (II) *520.*

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (II) *523.*

Massacre de Mapiripán c. Colombie, arrêt du 15 septembre 2005: (I) *202.*
Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala, arrêt du 19 novembre 2004: (I) *202, 373-374.*
Massacres d'Ituango c. Colombie, arrêt du 1er juillet 2006: (I) *202, 373, 389.*
McCann et autres c. Royaume-Uni (requête n° 18984/91), arrêt du 27 septembre 1995: (I) *411.*
Myrna Mack Chang c. Guatemala, arrêt du 25 novembre 2003: (I) *374.*

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (I) *373.*

Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50), arrêt du 31 octobre 1995: (I) *411*.
Prison de Castro-Castro c. Pérou, arrêt du 25 novembre 2006: (I) *202*.
Ribitsch c. Autriche, arrêt du 4 décembre 1995: (I) *411*.
Suárez Rosero c. Equateur, arrêt du 20 janvier 1999: (I) 340, *374*.
Tibi c. Equateur, arrêt du 7 septembre 2004: (II) *520*, *524-525*.
Timichev c. Russie, arrêt du 13 décembre 2005: (I) *411*.
Trujillo Oraza c. Bolivie, arrêt du 27 février 2002: (I) *374*.
Velásquez-Rodríguez c. Honduras, arrêt du 29 juillet 1988: (I) *415*.
Velásquez-Rodríguez c. Honduras, arrêt du 21 juillet 1989: (I) *407*.

Jurisprudence de la Cour internationale de Justice:

Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988: (II) *603*.
Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006: (I) 141; (II) 447-448, *575*, *588*, *592-593*, *598-599*.
Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005: (I) *366*.
Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), mesures conservatoires, ordonnance du 1er juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000: (I) *80*.
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986: (I) 121.
Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II): (I) *177*, 328-329, 332, 340, 343, *391*, *402*.
Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II): (I) *80*, 329, 331-334, 340, *348-351*, *365*, *385*, *387*, *391*, *395-397*, *401-402*, *405*, *407-408*, *410*; (II) 665, *724*.

Déclaration commune des juges Keith et Greenwood: (I) *395*.
Opinion dissidente commune des juges Al-Khasawneh et Yusuf: (I) *389*.
Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (I) *352*, *381-382*.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), ordonnance du 20 septembre 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II):

Déclaration du juge Cançado Trindade: (I) *378*.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), ordonnance du 6 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II): (I) 329.
Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan), arrêt, C.I.J. Recueil 1972: (I) 117.
Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II): (II) *753*.
Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède), arrêt, C.I.J. Recueil 1958: (I) *79*.
Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I): (I) *80*; (II) 442, 446, *474-475*, *594-595*.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I): (I) 332; (II) *575.*

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II): (I) 79; (II) *575.*

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008: (II) *474-475, 588.*

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I): (I) *79.*

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970: (I) *391*; (II) 449, *483, 536, 574, 613.*

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008: (I) 143, *173.*

Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992: (II) *725, 727.*

Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II): (I) 25, *80, 92, 95, 351.*

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I): (I) *92, 95*; (II) *575.*

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971: (I) 92, 185.

Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998: (I) *79.*

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 1984: (II) 702, *746.*

Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), arrêt, C.I.J. Recueil 1993: (II) 683, 696, 702, 705, 717, *770.*

Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), arrêt, C.I.J. Recueil 2009: (II) 674-675, 679, 682-685, 692, 695-700, 702-703, 705-706, 715, *735, 739, 743, 747, 753, 755, 770.*

Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001: (II) 641, 644-645, 674, 689-693.

Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973: (I) 24-25, 30, 49, *61, 66-68.*

Opinion dissidente du juge de Castro: (I) *66.*
Opinion dissidente du juge Gros: (I) *66-67.*
Opinion dissidente du juge Morozov: (I) *66.*

Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1982: (I) 21, 25, *67, 69.*

Opinion individuelle du juge Mosler: (I) *67.*

Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1987: (I) 25, *67-69.*

Opinion individuelle du juge Ago: (I) *67-68.*

Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) *(Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II)*: (I) *80.*

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949: (I) 329, *394*, 396, *404*, *409*.

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949: (I) 121, *177*.

Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986: (II) 661.

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992: (II) 651.

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à la fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990: (II) 684.

Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009: (I) 154.

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999 (I): (I) 23.

Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II): (II) 644, 652, 655, 664-665, 668-669, 682-684, 686, 690-691, 694-697, 705, *739*, *747*, *758*, *760-764*.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II): (II) *603*, 631, 638, 648-649, 662, 685, 704-705, *724*, *728*, *731*.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), ordonnance du 26 février 2002, C.I.J. Recueil 2002: (II) 631.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), ordonnance du 24 septembre 2003, C.I.J. Recueil 2003: (II) 631.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), ordonnance du 11 février 2008, C.I.J. Recueil 2008: (II) 631.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), ordonnance du 18 décembre 2008, C.I.J. Recueil 2008: (II) 631.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), requête du Costa Rica à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II): (II) 632, 684, *760-761*.

Opinion dissidente de la juge Donoghue: (II) *760-761*.

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), requête du Honduras à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II): (II) 632, 684, *760-761*.

Opinion dissidente de la juge Donoghue: (II) *760-761*.

Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954: (I) *62*, *69*.

Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974: (I) 339.

Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974: (I) 339.

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998: (II) *602-604*.

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2002: (II) 700, 702, 705, *769*.

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I): (I) *80.*

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I): (I) *80,* 105, 117, 119, *185-187, 212-213, 216, 278-281.*

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (I) *90-91, 206-208, 218, 225-226, 269, 280-281.*

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I): (II) *575, 590.*

Opinion dissidente du juge Cançado Trindade: (I) *360, 361, 370.*

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), requête à fin d'intervention, ordonnance du 4 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II): (I) 106.

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (I) *71, 76, 246-247.*

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950: (I) 25; (II) 442.

Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012 (I): (I) *351, 383.*

Opinion individuelle du juge Cançado Trindade: (I) *253, 280, 350, 383*; (II) *557.*

Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, ordonnance du 29 avril 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I): (I) 17, 30.

Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, ordonnance du 24 janvier 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I): (I) 17.

Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956: (I) 21, 23, 25-26, 29-30, 41, 46, 49, *60-66, 69.*

Opinion dissidente du juge Córdova: (I) *68.*

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001: (I) *79.*

Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I): (II) *615.*

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002: (I) 124, 141, 143, *285*; (II) *478.*

Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal: (I) *298.*

Opinion individuelle du président Guillaume: (II) *478.*

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955: (I) *79.*

Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France; Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique), question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954: (I) 151.

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, C.I.J. Recueil 1980: (I) 79; (II) *507, 596-597.*

Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt, C.I.J. Recueil 1969: (I) 122; (II) 674, 683, *741, 744, 749, 752.*

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985: (I) 122-123; (II) 671, 683, 695-696, 702-703, 715, 717, *747, 751, 770.*

Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1982: (II) 674, 679, *746-747.*

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003: (II) *588.*

Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde), ordonnance du 15 décembre 1973, C.I.J. Recueil 1973: (I) *79.*

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009: (I) *80, 236*; (II) 427, *510, 515-518, 592-593.*

Opinion dissidente du juge Cançado Trindade: (I) *253*; (II) *516-518, 535, 544-545.*

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951: (II) 449, *483, 613.*

Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, C.I.J. Recueil 2002: (II) 652.

Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950: (I) *83-84.*

Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962: (II) 442, 446, *560.*

Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995: (I) *79*, 151; (II) *575, 588.*

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (1): (I) 332; (II) 643-644, 664-665.

Jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale:

« Communautés » gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17: (I) *265, 360.*

Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, avis consultatif, 1935, C.P.J.I. série A/B n° 65: (I) *82-83, 92.*

Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15: (I) *79, 83, 265, 355, 360.*

Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2: (II) *596, 727.*

Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78: (II) *722-724.*

Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5: (I) 25.

Statut juridique du Groënland oriental, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53: (II) 655.

Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44: (I) *265, 360.*

Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9: (I) *265.*

Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17: (I) *265*, 331, *357-358, 396-397.*

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46: (I) *265, 360.*

Jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer:

Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar), arrêt du 14 mars 2012: (II) 668, 691, 715-716, *743, 749, 756-758, 766.*

Navire «Saiga» (nº 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt du 1er juillet 1999: (I) 343, *394.*

Jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie:

Delalić et autres, chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998; chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001: (II) *521.*

Furundžija, chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998: (II) *520-521, 526.*

Kunarac, chambre de première instance, jugement du 2 février 2001: (II) *521.*

Naletilić et autres, chambre de première instance, jugement du 31 mars 2003: (II) *521.*

Jurisprudence du Tribunal pénal pour le Rwanda:

J.-P. Akayesu, chambre I, décision du 2 septembre 1998: (II) *521.*

Jus cogens: (I) 109, 125, 135-142, *178, 182-183, 186, 199-200, 207, 210-211, 213-214, 218, 224-230, 234, 239, 246-252, 254, 256-261, 266, 281, 283-290, 318-320*; (II) 457, *477, 489-490, 505-508, 517-527, 529-530, 536, 541, 550, 553, 556-558, 575, 606, 615.*

L

Ligne d'équidistance:

Voir *Ligne médiane.*

Ligne(s) de base: (II) 635, 637, 642, 662, 666, 678-679, 683, 692-695, 697, 703, 708, 710, 713, 716, 719-720.

Ligne médiane: (II) 634-635, 637, 662, 669, 671, 678, 693-700, 703-706, 708-710, 717, *735-742, 744, 747-749, 755, 761, 770.*

Ligne médiane provisoire:

Voir *Ligne médiane.*

Ligne pondérée: (II) 710-713, *748-749, 770.*

Loi fédérale d'indemnisation: (I) 111, *276.*

M

Mainlevée: (I) 109, 146.

Mandat d'arrêt international: (II) 432-433, 439, 444, *499, 504-505, 509, 520.*

Mémorandum d'accord relatif aux modalités administratives et opérationnelles du Mécanisme mondial conclu entre la conférence des parties et le Fonds international de développement agricole: (I) 16, 33, 36-38, 44-45, 47, *53*.

Mer territoriale: (II) 635, 637, 644, 662, 666, 673 686, 689-692, 709, 713, 715, *740-741, 745*.

Mesures conservatoires: (II) 427, 437, 447, *485, 489-490, 504, 515-518, 527, 535, 544, 607*.

Mesures de contrainte: (I) 107-108, 117-118, 120, 145-148, 150, 153, 155, *194-195*.

N

Négociation(s): (II) 433-434, 436, 440, 445-447, *475, 481, 560-563, 569, 592-604, 609*.

O

Obligation d'extrader: (II) 426-*622*.

Voir aussi *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants: Article 6 et Article 7*.

Obligation de poursuivre: (II) 426-*622*.

Voir aussi *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants: Article 6 et Article 7*.

Opinio juris: (I) 122-123, 135, *215, 283, 298, 302, 304-306, 357*; (II) 457, *477-480, 523, 620*.

P

Perte de revenus: (I) 330, 332, 338-340, 342, *385-390, 392-393, 401, 413-414*.

Plateau continental: (II) 632, 635, 637, 652, 662-667, 670-671, 673-675, 678, 686, 688-695, 699, 703, 713, 719, *721-722, 724-729, 740, 742, 745-746, 764*.

Voir aussi *Plateau continental étendu*.

Plateau continental étendu: (II) 662-670, 719-*725, 728, 751-759, 762-766, 771*.

Point(s) de base: (II) 697-700, 709-710, *737-738, 747-748, 761, 770*.

Pouvoir discrétionnaire: (I) 24-31, *60, 96*.

Pratique des Etats: (I) 122-123, 126, 130-135, 148, *161-171, 176, 185, 197, 204, 206, 213, 226, 229-235, 238, 248, 268, 285, 297-298, 302, 304-305, 309-322*; (II) 457, *477-480, 484, 523, 541, 576, 582, 615-618, 620*.

Préjudice: (I) 331-333, *349, 358-359, 365-366, 374-375, 378, 397-398.*
— immatériel: (I) 330-335, 345, *350, 375-378, 383, 385-386, 393-395, 398-400, 402, 404-409.*
— matériel: (I) 330-332, 335-343, 345, *375-378, 383, 385-389, 398-402, 404-405, 409-420.*

Prisonniers de guerre: (I) 110, 112-113, 121, 140, 143, *203, 217-218, 220-221, 250, 272-280, 285, 290, 300-301*

Procédure de réformation: (I) 23, 26.

Procédure orale:
Voir *Audiences publiques.*

Projet de convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats: (I) 123-125, 138, *242.*

Prorogation de délais: (I) 17, *395*; (II) 427.

Protection diplomatique: (I) *177*, 344, *365, 391-392, 397-398, 402, 415*; (II) *571.*

Q

Qualité pour agir: (II) 449-450, *468, 470, 530, 574-576, 586-589.*

R

Recevabilité: (I) 328, *402*; (II) 448-450, *468-470, 473, 571-577, 588-589, 592, 610-619*, 662-665, *721-729.*

Recours (Voies de —): (I) 125, *171, 203, 208-210, 287, 293, 299, 303*, 334.

Recours effectif: (I) 119, *208, 217, 227, 256, 259, 270, 289-290, 293-294, 298-301, 306-308, 361.*

Réfugié (Statut de —): (I) 111, *245, 288.*

Règlement de la Cour internationale de Justice:
Article 31: (I) 3, 7.
Article 38: (II) *722.*
Article 44: (I) 3, 7.
Article 45: (I) 7.
Article 48: (I) 7.
Article 49: (I) 7.
Article 53: (I) 106; (II) 427, 631-632.
Article 56: (II) 632.
Article 60: (II) 636-637.
Article 61: (II) 632.

Article 72: (II) 428, 632.
Article 73: (II) 427.
Article 74: (II) 427.
Article 75: (II) 427.
Article 79: (II) 631.
Article 80: (I) 3, 4, 105, 117.
Article 83: (I) 105.
Article 84: (I) 106.
Article 85: (I) 106, 109.

Règlement de la Cour permanente de Justice internationale:
Article 40: (II) *723.*

Réhabilitation: (I) *378-380.*

Réparation(s): (I) 105, 113-114, 117, 119-120, 122, 135, 140, 142-144, 153, *157, 167, 176, 184, 186-188, 190-191, 196-217, 226-290, 292-308,* 329-330, *348-384, 397-398*; (II) 441, *508, 530, 533-535, 554-558, 610,* 633, 635, 717-718.

***Res inter alios acta* (Principe —):** (II) 660, 685, *746, 750, 771.*

Responsabilité internationale de l'Etat: (I) 107-109, 117, 121, 124-140, 143, 145, 153-154, *170-171, 173-177, 188-191, 197-206, 213, 217, 222-226, 230, 244, 250, 255, 267, 295-296, 300, 311, 318-319, 355-359, 361-366, 396-397, 404-405, 409-410*; (II) 448-450, 456, 458-459, 461, *468-469, 481-485, 506-508, 526, 567, 569, 571, 573-577, 587, 607, 614.*

Ressources naturelles: (II) 635-663, 706, 718.

Restitution: (I) 110, 153-154.

Rocher(s): (II) 688, 693, 713.

S

Sentences arbitrales:

Barbade/Trinité-et-Tobago, 11 avril 2006: (II) 705-706, 716-717, *750, 767.*
Chevreau (France c. Royaume-Uni), 9 juin 1931: (I) *412-413, 418-419.*
Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, 14 février 1985: (II) 691, *749.*
Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française, 30 juin 1977: (II) 694-695, 697-698, 708-709.
Différend frontalier entre Doubaï et Chardjah, 19 octobre 1981: (II) 691.
Guyana/Suriname, 17 septembre 2007: (II) 705.
Ile de Palmas (Pays-Bas c. Etats-Unis), 1er avril 1928: (I) *184*; (II) 707.
Loubet, 11 septembre 1900: (II) 657-659.
Lusitania, 1er novembre 1923: (I) 333-335, *393.*

Sixième Commission de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies: (I) 130, 138-139, *260, 315.*

Souveraineté: (I) *360*; (II) 632, 636-637, 641-662, 664, 670, 718, *730-735.*

Statut de la Cour internationale de Justice: (I) 23, *63, 77-78, 88*; (II) *482.*

Article 31: (I) 105; (II) 427, 631.
Article 34: (I) *64, 80.*
Article 36: (I) 328; (II) 427, 440-441, 448, *472, 560, 591-593, 600-604*, 631.
Article 38: (I) 122, *176*; (II) *614*, 673.
Article 40: (I) 105; (II) 427, 631, *722, 740.*
Article 41: (II) 427, *527.*
Article 48: (I) 3, 7.
Article 49: (I) 19.
Article 59: (II) 707, *750, 760, 767, 769.*
Article 62: (I) 105; (II) 632, *760-761.*
Article 64: (I) *96*, 344.
Article 65: (I) 17, 20, 22, 24-25, 30.
Article 66: (I) 16-17, *66, 81-82.*
Article 68: (I) *96.*

Statut de la Cour permanente de Justice internationale: (I) *76-78, 88.*

Article 36: (II) 631.
Article 40: (II) *723.*
Article 62: (II) *723.*
Article 63: (II) *723.*

Statut du TAOIT: (I) 15, 17, 20, 22-24, 35-37, 38, 44, 46-48, *64, 95.*

Article XII: (I) 14, 16, 19-20, 21-25, 27-28, 31, 38, 48-49, *54-59, 63-64, 94-95.*

Sursis à exécution: (I) 19, 27, *54-57, 60.*

T

Torture: (I) 137, 139, *157, 229-230, 294, 319-321, 394, 407-408, 415*; (II) 428-432, 437, 441-446, 449-457, 460-461, *465-466, 469, 473-474, 476-477, 480, 483, 490-493, 495-497, 502-509, 512, 516, 518-527, 529-533, 536, 539-542, 545-546, 548, 550-558, 561, 566-567, 572-575, 578-580, 582-584, 586-589, 594, 599, 601, 604, 614-617.*

Voir aussi *Comité des Nations Unies contre la torture; Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.*

Travail forcé: (I) 110, 112-114, 121, 126, 140, 142-143, *182, 187-188, 190, 205-207, 217-226, 246, 249-252, 258, 262, 267, 272-277, 285-290, 316.*

Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (TAOIT):

Compétence *ratione materiae*: (I) 44-48.
Compétence *ratione personae*: (I) 39-44.

Jugements du —:
Jugement n° 2867 (3 février 2010): (I) 12-97.
Jugement n° 3003 (6 juillet 2011): (I) 19, *54-59.*

Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran: (I) 331, *388, 404, 410, 412, 417.*

Tribunal international du droit de la mer (TIDM): (I) 331, *388.*

Tribunal militaire international de Nuremberg: (I) *218-225, 249.*
Statut du —: (I) 121-122.

Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (tribunal de Tokyo): (I) *221, 249.*

U

Union africaine: (II) 433-434, 436-440, 444, 451, 459-460, *482, 485, 509-516, 538, 546, 562, 579, 582-583, 595-597, 599-600.*

Uti possidetis juris: (II) 645-646, 649-654, *730-735.*

Z

Zone économique exclusive: (II) 632, 635, 637, 652, 662, 665-666, 670-671, 673-675, 686, 688-695, 699, 703, 713, 719, *726-727, 736-740, 742, 745-746, 764.*

Zone maritime pertinente: (II) 682-686, 700, 702, 709-710.

Annexe

LISTE DES TRAITÉS, CONVENTIONS ET DÉCLARATIONS CITÉS[1]

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (27 juin 1981): (I) 329, 335, *348-349, 371.*

Charte des Nations Unies (26 juin 1945): (I) 20, 22-23, *67*, 123-124, *161, 199, 235.*

Article 57: (I) 21.
Article 63: (I) 21.
Article 80: (I) *84.*
Article 96: (I) 20-22, 28-29, *53.*

Convention américaine relative aux droits de l'homme (22 novembre 1969): (I) *60, 84, 86, 257-259, 372, 375.*

Convention IV de La Haye (18 octobre 1907): (I) *204-206, 209, 218, 221-224, 248, 266-267, 288, 294-296.*

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950): (I) *60, 78, 85*, 115, *214, 229, 231, 232-233, 256-259, 315, 411, 416-417*; (II) *484, 507, 523-524.*

Protocole n° 1 (20 mars 1952): (I) 115, *217, 233.*

Convention de Vienne sur le droit des traités (23 mai 1969): (II) *613, 615.*

Article 27: (II) 460.
Article 28: (II) 457.

Convention de Vienne sur les relations consulaires (24 avril 1963): (I) 329, *348-349, 405.*

Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984): (I) 138; (II) 425-*622.*

Article 2: (II) *615.*
Article 4: (II) 434, 439, 443, 454, 457, *467, 498, 548, 584-587, 590.*
Article 5: (II) 428, 430, 434-435, 441-443, 449-451, 453-455, 457, 460-461, *464-470, 478, 491, 496-497, 501, 503, 518, 527-529, 547, 553, 556, 572-574, 576-578, 580, 584-587, 590, 594, 618-620.*
Article 6: (II) 428-430, 441, 443-445, 448, 451-454, 456, 458, 461-462, *465, 467-470, 471, 481-482, 489, 491, 498, 500-501, 504-505, 518, 547, 553, 556, 559, 565-567, 569, 574, 576-579, 583-587, 591, 594, 600, 619.*
Article 7: (II) 428-430, 434-435, 441, 443-448, 450-463, *465, 467-469, 471, 473, 481-482, 485, 489, 491, 496-498, 501-505, 511, 518, 527-529, 547-548, 550, 552-553, 556, 559, 567-570, 573-574, 576-591, 594, 596, 599-600, 617, 620-621.*

[1] Cette liste a été établie sur la seule base des références citées dans le texte de la langue originale.

Article 8: (II) 434, *467*.
Article 9: (II) *609*.
Article 17: (II) *576*, *616*.
Article 18: (II) *576*, *616*.
Article 19: (II) *576*, *616*.
Article 20: (II) *576*, *616*.
Article 21: (II) *484*, *576*, *616*.
Article 22: (II) *495-496*, *576-577*.
Article 23: (II) *616*.
Article 24: (II) *616*.
Article 30: (II) 427, 433-436, 445-446, 448, *467*, *471-473*, *542*, *559-560*, *562-565*, *577*, *591-600*, *602*, *606*, *616-617*.

Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (17 juin 1994): (I) 15-17, 32-34, 36-37, 40, *53*, *55*, *58*.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) (10 décembre 1982): (II) 666-669, 673-674, *751*, *758-759*, *762*, *771*.

Article 3: (II) 689-691.
Article 15: (II) 690, *740*, *742*.
Article 16: (II) 683.
Article 74: (II) 673-674, *740*, *742*, *746*, *771*.
Article 76: (II) 662, 666-669, *725*, *728*, *751-753*, *755-756*, *758-759*, *763-766*, *771*.
Article 83: (II) 668, 673-674, *740*, *742*, *746*, *771*.
Article 121: (II) 673-674, 688-690, 692-693, 713, 715, *771*.

Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (adoptée le 2 décembre 2004): (I) 122-128, 133, 138, 143, 147-148, 151, *158*, *167*, *173*, *175*, *237-239*, *259-260*, *286*, *309*, *313*, *315*, *320*.

Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (29 avril 1957): (I) 105, 117, 119.

Convention européenne sur l'immunité des Etats (16 mai 1972): (I) 122, 124-130, 133, 138, 143, *168*, *173*, *212*, *237*, *241*, *310*, *314*, *320*.

Conventions de Genève sur le droit international humanitaire (12 août 1949): (I) *193*, *195*, *199*, *201*, *203*, *209*, *218*, *222*, *225*; (II) *521*.

Protocole additionnel I (8 juin 1977): (I) *159*, *197*, *199*, *201*, *204-206*, *225*, *265*, *294-296*, *319-320*.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966): (I) 27, *60*, 329, 335, *348-349*, *371*.

Traité américain de règlement pacifique (pacte de Bogotá) (30 avril 1948): (II) 630-631.

Traité Bárcenas-Esguerra entre la Colombie et le Nicaragua (24 mars 1928): (II) 633, 638, 645-650, 652-653, 658-659, 705, *730-735*.

Traité de paix entre les Puissances alliées et l'Italie (10 février 1947): (I) 110-111, 145, *170, 203, 206, 208-209, 211-212, 216, 275, 278.*

Traité Vázquez-Saccio entre la Colombie et les Etats-Unis (8 septembre 1972): (II) 642, 659-660.

ENGLISH INDEX[1]

A

Abuse of authority: (I) 16.

Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT):

Judgments of the —:

Judgment No. 2867 (3 February 2010): (I) 12-*97*.
Judgment No. 3003 (6 July 2011): (I) 19, *54-59*.

Jurisdiction *ratione materiae*: (I) 44-48.
Jurisdiction *ratione personae*: (I) 39-44.

Admissibility: (I) 328, *402*; (II) 448-450, *468-470*, *473*, *571-577*, *588-589*, *592*, *610-619*, 662-665, *721-729*.

African Commission on Human and Peoples' Rights: (I) 335.

African Court of Human and Peoples' Rights (ACHPR or ACtHPR): (I) *75*, *78*, *371*.

See also *Decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights*.

African Union: (II) 433-434, 436-440, 444, 451, 459-460, *482*, *485*, *509-516*, *538*, *546*, *562*, *579*, *582-583*, *595-597*, *599-600*.

Agreement establishing IFAD (13 June 1976): (I) 21.

Amicus curiae: (I) *92*.

Appropriation: (II) 641-645.

Arbitral awards:

Barbados/Trinidad and Tobago (11 April 2006): (II) 705-706, 716-717, *750*, *767*.
Chevreau (France v. *Great Britain)* (9 June 1931): (I) *412-413*, *418-419*.
Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (30 June 1977): (II) 694-695, 697-698, 708-709.
Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau (14 February 1985): (II) 691, *749*.
Dubai-Sharjah Border Arbitration (19 October 1981): (II) 691.

[1] Italicized page numbers are references to the text of separate or dissenting opinions or declarations.

Guyana/Suriname (17 September 2007): (II) 705.
Island of Palmas (Netherlands v. *United States)* (1 April 1928): (I) *184*; (II) 707.
Loubet (11 September 1900): (II) 657-659.
Lusitania (1 November 1923): (I) 333-335, *393*.

Arbitration: (II) 434-436, 440, 445-448, *560-565, 592-593, 596, 598-600, 602-603, 606, 608-610, 616-617, 619*.

Arrangement for the housing of the Global Mechanism: (I) 32-33, 35, *53*.

Arrest: (I) 328-331, 333-334, 339, *388, 392-393, 400-405, 413, 415*.

Arrow (Directional —): (II) *749-750, 757*.

***Aut dedere aut judicare* (Obligation —):** (II) 434, 439, 450, 455-456, *466-467, 491, 500-502, 504, 511, 518, 545, 548, 550, 567-570, 576, 579-581, 585, 597, 604*.

See also *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Article 7*.

***Aut dedere aut punire* (Principle —):** (II) 434, 444, *596, 599*.

B

Baseline(s): (II) 635, 637, 642, 662, 666, 678-679, 683, 692-695, 697, 703, 708, 710, 713, 716, 719-720.

Base point(s): (II) 697-700, 709-710, *737-738, 747-748, 761, 770*.

Binding character: (I) 15, 20, 22-23.

C

Central American Court of Justice: (I) *74*.

Civil claims: (I) 107-108, 117, 120, 127, 134-135, 139, 153, 155, *157, 196, 229-230, 249, 292, 298, 304, 320*.

Compensation: (I) 111-114, 116, 137, 141-142, 146, 149, 153, *159-160, 170-171, 187-188, 190, 204, 209, 212-214, 216-217, 235, 251, 263, 267-268, 272-280, 284, 288, 290, 293-302, 307-308*, 318, 329-346, *385-390, 396-402*.

Amount: (I) 335-345, *348, 350, 364, 372, 374-375, 383-385, 388, 391-409, 414*.

Continental shelf: (II) 632, 635, 637, 652, 662-667, 670-671, 673-675, 678, 686, 688-695, 699, 703, 713, 719, *721-722, 724-729, 740, 742, 745-746, 764*.

See also *Extended continental shelf*.

Counter-claim(s): (I) 105, 117, 119, *185-188, 204, 207, 216, 218, 225, 269, 278-280*; (II) 670.

Crime against humanity: (I) 119, 121, 135, 137, 139, 142-143, 145, *157, 178, 193, 195, 200, 206, 208, 213, 219-221, 224-225, 233, 243-245, 249, 252, 255, 270, 289-290, 307, 318*; (II) 428-433, 435, 437, 441-442, 444, 452, *465, 471, 474, 476-480, 509, 512, 521, 540, 557, 601, 604.*

Crime of genocide: (II) 429-430, 432, 435, 437, 442, 444, 449, *465, 471, 474, 476, 478, 483, 509, 575, 588, 601, 604, 613.*

Critical date: (II) 652-653.

Customary international law: (I) 120, 122-145, 147-148, *158, 167, 172, 178, 183, 196, 201, 204-205, 215, 220-224, 230, 233, 238, 265, 267-268, 271, 289, 291, 296-300, 304-305, 309, 317, 321, 360*; (II) 426, 429-430, 444-445, 456-457, 460, 462, *465, 471-480, 485, 489, 521, 523, 526, 541-544, 550, 553, 556-558, 590, 601-602, 604, 606, 610, 613-615, 620*, 645, 666, 673-674, 689-690, *740, 763-764, 771.*

D

Decisions of national jurisdictions:

Constitutional Court of Slovenia:

Up-13/99, judgment of 8 March 2001: (I) 129, 133, 137, 141, *321.*

Court of Appeal of Aix-en-Provence (France):

Allianz Via Insurance v. *United States of America*, judgment of 3 September 1999: (I) 132.

Court of Appeal of Brussels:

S.A. Eau, gaz, électricité et applications v. *Office d'aide mutuelle* (1957): (I) 131-132.

Court of Appeal of Dakar *(Chambre d'accusation)*:

Public Prosecutor's Office and François Diouf v. *Hissène Habré*, judgment No. 135 of 4 July 2000: (II) 451-452, *509.*

Court of Appeal of England (Civil Division):

Farouk Abdul Aziz v. *Yemen* (2005): (I) *301.*

Court of Appeal of Florence *(Corte di Appello di Firenze)*:

Distomo, judgment of 2 May 2005: (I) 115, 149-150, 152.
Distomo, judgment of 13 June 2006: (I) 116, 145-146, 149-150, 152.
Distomo, judgment of 6 February 2007: (I) 115-116, 149, 151-152.
Distomo, judgment of 21 October 2008: (I) 116, 149, 151-152.
Ferrini, judgment of 16 November 2001: (I) 113.
Ferrini, judgment of 17 February 2011: (I) 114.

Court of Appeal of Paris:

Judgment of 9 September 2002: (I) 137.

Court of Appeal of Schleswig (Germany):

Immunity of the United Kingdom: (I) 132.

Court of Appeal of the United Kingdom:

Littrell v. *United States of America (No. 2)*: (I) 132.

Court of Arezzo *(Tribunale di Arezzo)*:

Ferrini, judgment of 3 November 2000: (I) 113.
Ferrini, judgment of 12 April 2007: (I) 113-114.

Court of First Instance of Ghent:

Botelberghe v. *German State*, judgment of 18 February 2000: (I) 129, 133.

Court of First Instance of Leskovac (Serbia):

Judgment of 1 November 2001: (I) 133.

District Court of Columbia (United States of America):

Letelier v. *Republic of Chile* (1980): (I) 131.

Federal Court, Rio de Janeiro:

Judgment of 9 July 2008: (I) 133.

French *Cour de cassation*:

Bucheron, judgment of 16 December 2003: (I) 133, 137, *301, 316.*
Grosz, judgment of 3 January 2006: (I) 133, 137, *316.*
La Réunion aérienne v. *Libyan Arab Jamahiriya*, judgment of 9 March 2011: (I) 142, *319.*
X, judgment of 2 June 2004: (I) 133, 137.

German Constitutional Court *(Bundesverfassungsgericht)*:

Decision of 14 December 1977: (I) 148.

German Federal Supreme Court *(Bundesgerichtshof)*:

Greek Citizens v. *Federal Republic of Germany*, judgment of 26 June 2003: (I) 115, 134, *321.*

Greek Court of First Instance *(Protodikeio)* of Livadia:

Distomo, judgment of 25 September 1997: (I) 115-116, 146, 149, *248.*

Greek Special Supreme Court *(Anotato Eidiko Dikastirio)*: (I) *215.*

Margellos v. *Federal Republic of Germany*, judgment of 17 September 2002: (I) 116, 134, 136, 142, *211, 216, 317.*

Hanover Labour Court:

Conrades v. *United Kingdom* (1981): (I) *301.*

Hellenic Supreme Court *(Areios Pagos)*:

Distomo, judgment of 4 May 2000: (I) 115, 134, 136, 149, *228, 235, 317.*

High Court of New Zealand:

Fang v. *Jiang* (2007): (I) 137, 141.

House of Lords:

Alcom Ltd. v. *Republic of Colombia*, judgment of 12 April 1984: (I) 148.
Holland v. *Lampen-Wolfe*: (I) 132.
Jones v. *Saudi Arabia*: (I) 137-138, 141, *321.*
Pinochet: (I) 137-138.

Italian Supreme Court *(Corte Suprema di Cassazione)*:

Distomo, judgment of 6 May 2008: (I) 116, 149, *211*.
Distomo, judgment of 12 January 2011: (I) 116, 149.
Ferrini v. *Federal Republic of Germany*, judgment of 11 March 2004: (I) 113, *233-235*, *249*, *313*, *316*, *319*.
FILT-CGIL Trento v. *United States of America*: (I) 132.
Giovanni Mantelli and Others, order of 29 May 2008: (I) 114, 137.
Liberato Maietta, order of 29 May 2008: (I) 114, 137.
Massacre of Civitella, judgment of 13 January 2009: (I) *249*.
Milde, judgment of 13 January 2009: (I) *319*.

Ontario Court of Appeal:

Bouzari and Others v. *Islamic Republic of Iran*, judgment of 30 June 2004: (I) 137, 141, *321*.

Senegalese Court of Cassation:

Souleymane Guengueng et al. v. *Hissène Habré*, judgment No. 14 of 20 March 2001: (II) 452, *503*, *509*.

Spanish Constitutional Court

Abbott v. *Republic of South Africa*, judgment of 1 July 1992: (I) 148.

Superior Court of Quebec:

Kazemi (Estate of) and Hashemi v. *Iran, Ayatollah Ali Khamenei and Others*, 25 January 2011: (I) *234*.

Supreme Court of Austria:

Holubek v. *Government of the United States of America*, judgment of 1961: (I) 127, *304*.

Supreme Court of Canada:

Kuwait Airways Corp. v. *Iraq*: (I) 152, *301*.
Schreiber v. *Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada*: (I) 127, *313*.

Supreme Court of Ireland:

McElhinney v. *Williams*, judgment of 15 December 1995: (I) 129, 132, *313-314*.

Supreme Court of Poland:

Natoniewski v. *Federal Republic of Germany*, judgment of 29 October 2010: (I) 129, 133, 137, 141, *317*.

Supreme Court of the Netherlands:

United States of America v. *Eemshaven Port Authority*: (I) 132.

Swiss Federal Tribunal:

Kingdom of Spain v. *Société X*, judgment of 30 April 1986: (I) 148.

United Kingdom Supreme Court:

NML Capital Limited v. *Republic of Argentina* (2011): (I) 152.

United States Court of Appeals for the District of Columbia:

Joo v. *Japan* (2005): (I) *171*.

United States Supreme Court:

Schooner Exchange v. *McFaddon* (1812): (I) *162-164*.

Decisions of the African Court on Human and Peoples' Rights:

Michelot Yogogombaye v. *Republic of Senegal*, judgment of 15 December 2009: (II) 438, *510-511.*

Decisions of the Court of Justice of the Economic Community of West African States:

Hissein Habré v. *Republic of Senegal*, judgment No. ECW/CCJ/JUD/06/10 of 18 November 2010: (II) 438, 459-460, *511, 548-549.*

Decisions of the European Court of Human Rights:

Ahmed v. *Romania*, judgment of 13 July 2010: (I) *416.*
Airey v. *Ireland*, judgment of 6 February 1981: (I) *416.*
Al-Adsani v. *United Kingdom*, judgment of 21 November 2001: (I) 139, 142, *228-229, 232, 260, 286, 319-320.*
Al-Jedda v. *United Kingdom*, judgment of 7 July 2011: (I) 335, *394.*
Al-Saadoon and Mufdhi v. *United Kingdom*, judgment of 2 March 2010: (II) *522.*
Andrejeva v. *Latvia*, judgment of 18 February 2009: (I) *60.*
Ashingdane v. *United Kingdom*, judgment of 28 May 1985: (I) *256-257.*
Assanidze v. *Georgia*, judgment of 8 April 2004: (I) *374-375, 389.*
Associazione Nazionale Reduci and 275 Others v. *Germany*, decision of 4 September 2007: (I) 113.
Beer and Regan v. *Germany*, judgment of 18 February 1999: (I) *298-299.*
Borgers v. *Belgium*, judgment of 30 October 1991: (I) *85.*
Borisenko v. *Ukraine*, judgment of 12 January 2012: (I) *416.*
Colozza and Rubinat v. *Italy*, judgment of 12 February 1985: (II) *507.*
Cordova v. *Italy*, judgment of 30 January 2003: (I) *256.*
Delcourt v. *Belgium*, judgment of 17 January 1970: (I) *84.*
Delta v. *France*, judgment of 19 December 1990: (I) *375, 388.*
Demir and Baykara v. *Turkey*, judgment of 12 November 2008: (II) *522.*
Dombo Beheer v. *Netherlands*, judgment of 27 October 1993: (I) *84.*
Ekbatani v. *Sweden*, judgment of 26 May 1988: (I) *85.*
Elci and Others v. *Turkey*, judgment of 13 November 2003: (I) 340.
Ernst v. *Belgium*, judgment of 15 July 2003: (I) *256.*
Fogarty v. *United Kingdom*, judgment of 21 November 2001: (I) *232.*
Hentrich v. *France*, judgment of 22 September 1994: (I) *85.*
Hornsby v. *Greece*, judgment of 19 March 1997: (I) *259.*
Kalashnikov v. *Russia*, judgment of 15 July 2002: (II) *524.*
Kalogeropoulou and Others v. *Greece and Germany*, judgment of 12 December 2002: (I) 115, 134, 139, 142, *232.*
Khamidov v. *Russia*, judgment of 15 November 2007: (I) 342.
Kononov v. *Latvia*, judgment of 24 July 2008: (I) *221, 249.*
Kononov v. *Latvia*, judgment of 17 May 2010: (I) *222, 250.*
Kudla v. *Poland*, judgment of 18 October 2000: (I) *259.*
Lobo Machado v. *Portugal*, judgment of 20 February 1996: (I) *85.*
Lordos and Others v. *Turkey* (just satisfaction), judgment of 10 January 2012: (I) 344.
Lupsa v. *Romania*, judgment of 8 June 2006: (I) 337, *374, 394, 408.*
Lustig-Prean and Beckett v. *United Kingdom*, judgment of 25 July 2000: (I) *375.*
Mantovanelli v. *France*, judgment of 18 March 1997: (I) *85.*

McElhinney v. *Ireland*, judgment of 21 November 2001: (I) 132, 230-*232*, *313-314*.
Monnel and Morris v. *United Kingdom*, judgment of 2 March 1987: (I) *84*.
Nideröst-Huber v. *Switzerland*, judgment of 18 February 1997: (I) *85*.
Orhan v. *Turkey*, judgment of 18 June 2002: (I) *375*, *414*.
Papamichalopoulos and Others v. *Greece (Article 50)*, judgment of 31 October 1995: (I) 343-344.
Rowe and Davis v. *United Kingdom*, judgment of 16 February 2000: (I) *84*.
Ruiz-Mateos v. *Spain*, judgment of 23 June 1993: (I) *85*.
Selçuk and Asker v. *Turkey*, judgment of 24 April 1998: (I) *375*.
Selmouni v. *France*, judgment of 28 July 1999: (II) *524*.
Soering v. *United Kingdom*, judgment of 7 July 1989: (II) *524*.
Somogyi v. *Italy*, judgment of 18 May 2004: (I) *416-417*.
Stafford v. *United Kingdom*, judgment of 28 May 2002: (I) *388*.
T. P. and K. M. v. *United Kingdom*, judgment of 10 May 2001: (I) *256*.
Teixeira de Castro v. *Portugal*, judgment of 9 June 1998: (I) 340.
Vermeulen v. *Belgium*, judgment of 20 February 1996: (I) *85*.
Waite and Kennedy v. *Germany*, judgment of 18 February 1999: (I) *256*, *298-299*.
Z. and Others v. *United Kingdom*, judgment of 10 May 2001: (I) *256*.

Decisions of the European Court of Justice: (I) *370-376*.

Susanna Brunnhofer v. *Bank der österreichischen Postsparkasse AG* (case C-381/99), judgment of 26 June 2001: (I) *411*.

Decisions of the Inter-American Court of Human Rights: (I) *370-376*.

Akdivar and Others v. *Turkey (Article 50)*, judgment of 1 April 1998: (I) *411*.
Almonacid Arellano v. *Chile*, judgment of 26 September 2006: (I) *202*.
Aloeboetoe and Others v. *Suriname*, judgment of 10 September 1993: (I) *373*.
Baldeón García v. *Peru*, judgment of 6 April 2006: (II) *520*.
Bámaca Velásquez v. *Guatemala*, judgment of 22 February 2002: (I) 343, *374*.
Barrios Altos v. *Peru*, judgment of 14 March 2001: (I) *374*.
Bulacio v. *Argentina*, judgment of 18 September 2003: (I) *373-374*; (II) *534*.
Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (II) *534-535*.
Caesar v. *Trinidad and Tobago*, judgment of 11 March 2005: (II) *520*.
Cantoral Benavides v. *Peru*, judgment of 18 August 2000: (I) *86*; (II) *519*, *524*.
Cantoral Benavides v. *Peru*, judgment of 3 December 2001: (I) 335, *372-373*, *414*.
Caracazo v. *Venezuela*, judgment of 29 August 2002: (I) *372*, *389*.
Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. *Guatemala*, judgment of 26 May 2001: (I) 340, *373*; (II) *533*.
Castillo Páez v. *Peru*, judgment of 27 November 1998: *374*.
Castillo Petruzzi and Others v. *Peru*, judgment of 4 September 1998: (I) *86*, *365*, *379*.
Chaparro Alvarez and Lapo Iñiguez v. *Ecuador*, judgment of 21 November 2007: (I) 337, 342, *409*.
El Amparo v. *Venezuela*, judgment of 14 September 1996: (I) *389*.
Goiburú et al. v. *Paraguay*, judgment of 22 September 2006: (I) *202*, *209*, *252*, *254-255*, *257*, *414*; (II) *520*, *528*.
Gómez-Paquiyauri Brothers v. *Peru*, judgment of 8 July 2004: (I) *415*; (II) *520*.
Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *415*; (II) *520*.

Gutiérrez-Soler v. *Colombia*, judgment of 12 September 2005: (I) 333, 337, *394*.
H. L. R. v. *France* (application No. 24573/94), judgment of 29 April 1997: (I) *411*.
Hilaire, Constantine and Benjamin and Others v. *Trinidad and Tobago*, judgment of 21 June 2002: (I) *85-86*, *374*.
Juan Humberto Sánchez v. *Honduras*, judgment of 7 June 2003: (I) *86*.
Juvenile Reeducation Institute v. *Paraguay*, judgment of 2 September 2004: (I) *374*.
La Cantuta v. *Peru*, judgment of 29 November 2006: (I) *202*, *257*, *414*.
Las Palmeras v. *Colombia*, judgment of 26 November 2002: (I) *374*.
Loayza Tamayo v. *Peru*, judgment of 27 November 1998: (I) *86*, *374*.
Maritza Urrutia v. *Guatemala*, judgment of 27 November 2003: (I) *86*; (II) *520*.

Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (II) *523*.

Massacre of Mapiripán v. *Colombia*, judgment of 15 September 2005: (I) *202*.
Massacre of Plan de Sánchez v. *Guatemala*, judgment of 19 November 2004: (I) *202*, *373-374*.
Massacres of Ituango (Ituango Massacres) v. *Colombia*, judgment of 1 July 2006: (I) *202*, *373*, *389*.
Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. *Nicaragua*, judgment of 31 August 2001: (I) *373*.
McCann and Others v. *United Kingdom* (application No. 18984/91), judgment of 27 September 1995): (I) *411*.
Moiwana Community v. *Suriname*, judgment of 15 June 2005: (I) *373-374*.
Myrna Mack Chang v. *Guatemala*, judgment of 25 November 2003: (I) *374*.

Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *373*.

Papamichalopoulos and Others v. *Greece (Article 50)*, judgment of 31 October 1995): (I) *411*.
Prison of Castro-Castro v. *Peru*, judgment of 25 November 2006: (I) *202*.
Ribitsch v. *Austria*, judgment of 4 December 1995: (I) *411*.
Suárez Rosero v. *Ecuador*, judgment of 20 January 1999: (I) 340, *374*.
The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of the Law, advisory opinion No. 16 of 1 October 1999: (I) *86*.
Tibi v. *Ecuador*, judgment of 7 September 2004: (II) *520*, *524-525*.
Timishev v. *Russia*, judgment of 13 December 2005: (I) *411*.
Trujillo Oraza v. *Bolivia*, judgment of 27 February 2002: (I) *374*.
Velásquez-Rodríguez v. *Honduras*, judgment of 29 July 1988: (I) *415*.
Velásquez-Rodríguez v. *Honduras*, judgment of 21 July 1989: (I) *407*.

Decisions of the International Court of Justice:

Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II): (I) 25, *80*, *92*, *95*, *351*.
Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. *Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*: (I) *80*, 329, 331-334, 340, *348-351*, *365*, *385*, *387*, *391*, *395-397*, *401-402*, *405*, *407-408*, *410*; (II) 665, *724*.

Joint declaration of Judges Keith and Greenwood: (I) *395*.
Joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Yusuf: (I) *389*.
Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *352*, *381-382*.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. *Democratic Republic of the Congo), Order of 20 September 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*:

Declaration of Judge Cançado Trindade: (I) *378*.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. *Democratic Republic of the Congo), Order of 6 December 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*: (I) 329.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. *Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*: (I) *177*, 328-329, 332, 340, 343, *391*, *402*.

Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. *Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 1972*: (I) 117.

Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973: (I) 24-25, 30, 49, *51*, *66-68*.

Dissenting opinion of Judge de Castro: (I) *66*.
Dissenting opinion of Judge Gros: (I) *66-67*.
Dissenting opinion of Judge Morozov: (I) *66*.

Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982: (I) 21, 25, *67*, *69*.

Separate opinion of Judge Mosler: (I) *67*.

Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1987: (I) 25, *67-69*.

Separate opinion of Judge Ago: (I) *67-68*.

Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. *Sweden), Judgment, I.C.J. Reports 1958*: (I) *79*.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. *Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*: (I) 332; (II) *575*.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. *Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*: (I) 79; (II) *575*.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. *Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*: (II) *474-475*, *588*.

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. *Greece), Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II)*: (II) *753*.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. *Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*: (I) *80*; (II) 442, 446, *474-475*, *594-595*.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. *Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*: (I) *366*.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. *Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I.C.J. Reports 2000*: (I) *80*.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. *Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*: (I) 141; (II) 447-448, *575*, *588*, *592-593*, *598-599*.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. *Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*: (I) 124, 141, 143, *285*; (II) *478*.

Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal: (I) *298*.

Separate opinion of President Guillaume: (II) *478*.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. *United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*: (I) *79*.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. *Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*: (I) *391*; (II) 449, *483*, *536*, *574*, *613*.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. *Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*: (II) *603*.

Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. *Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*: (II) *725*, *727*.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*: (I) 143, *173*.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985: (I): 122-123; (II) 671, 683, 695-696, 702-703, 715, 717, *747*, *751*, *770*.

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982: (II) 674, 679, *746-747*.

Corfu Channel (United Kingdom v. *Albania), Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*: (I) 329, *394*, *396*, *404*, *409*.

Corfu Channel (United Kingdom v. *Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*: (I) 121, *177*.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984: (II) 702, *746*.

Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I): (I) 23.

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. *Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*: (I) 154.

East Timor (Portugal v. *Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*: (I) 79, 151; (II) *575*, *588*.

Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954: (I) *62*, *69*.

Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, I.C.J. Reports 1986: (II) 661.

International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950: (I) *83-84*.

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950: (I) 25; (II) 442.

Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2012 (I): (I) *351*, *383*.

Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *253*, *280*, *350*, *383*; (II) *557*.

Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Order of 29 April 2010, I.C.J. Reports 2010 (I): (I) 17, 30.

Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for

Agricultural Development, Order of 24 January 2011, I.C.J. Reports 2011 (I): (I) 17.

Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956: (I) 21, 23, 25-26, 29-30, 41, 46, 49, *60-66, 69.*

Dissenting opinion of Judge Córdova: (I) *68.*

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. *Italy), Application for Permission to Intervene, Order of 4 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*: (I) 106.

Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *71, 76, 246-247.*

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. *Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010 (I)*: (I) *80,* 105, 117, 119, *185-187, 212-213, 216, 278-281.*

Separate opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *90-91, 206-208, 218, 225-226, 269, 280-281.*

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. *Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*: (II) *575, 590.*

Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *360, 361, 370.*

LaGrand (Germany v. *United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*: (I) *79.*

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. *Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*: (II) 700, 702, 705, *769.*

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. *Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*: (II) *602-604.*

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. *Nigeria), Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996 (I)*: (I) *80.*

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990: (II) 684.

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment, I.C.J. Reports 1992: (II) 651.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971: (I) *92, 185.*

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I): (I) *92, 95*; (II) *575.*

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I): (II) *615.*

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. *Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*: (II) 641, 644-645, 674, 689-693.

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. *Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1993*: (II) 683, 696, 702, 705, 717, *770.*

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. *Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009*: (II) 674-675, 679, 682-685, 692, 695-700, 702-703, 705-706, 715, *735, 739, 743, 747, 753, 755, 770.*

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*: (I) 121.

Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. *France; United Kingdom and United States of America), Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*: (I) 151.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969: (I) 122; (II) 674, 683, *741*, *744*, *749*, *752*.

Nottebohm (Liechtenstein v. *Guatemala), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*: (I) *79*.

Nuclear Tests (Australia v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*: (I) 339.

Nuclear Tests (New Zealand v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*: (I) 339.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. *United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003*: (II) *588*.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. *Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*: (I) 332; (II) 643-644, 664-665.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. *Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*: (I) *80*, *236*; (II) 427, *510*, *515-518*, *592-593*.

Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade: (I) *253*; (II) *516-518*, *535*, *544-545*.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia *v.* Thailand) *(Cambodia* v. *Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*: (I) *80*.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951: (II) 449, *483*, *613*.

South West Africa (Ethiopia v. *South Africa; Liberia* v. *South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*: (II) 442, 446, *560*.

Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002: (II) 652.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Application by Costa Rica for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II)*: (II) 632, 684, *760-761*.

Dissenting opinion of Judge Donoghue: (II) *760-761*.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Application by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II)*: (II) 632, 684, *760-761*.

Dissenting opinion of Judge Donoghue: (II) *760-761*.

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. *Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*: (II) 644, 652, 655, 664-665, 668-669, 682-684, 686, 690-691, 694-697, 705, *739*, *747*, *758*, *760-764*.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Order of 26 February 2002, I.C.J. Reports 2002*: (II) 631.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Order of 24 September 2003, I.C.J. Reports 2003*: (II) 631.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Order of 11 February 2008, I.C.J. Reports 2008*: (II) 631.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Order of 18 December 2008, I.C.J. Reports 2008*: (II) 631.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. *Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*: (II) *603*, 631, 638, 648-649, 662, 685, 704-705, *724*, *728*, *731*.

Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. *India), Order of 15 December 1973, I.C.J. Reports 1973*: (I) *79*.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. *Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980*: (I) *79*; (II) *507*, *596-597*.

Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. *United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998*: (I) *79*.

Decisions of the International Criminal Tribunal for Rwanda:

J.-P. Akayesu (Chamber I), decision of 2 September 1998: (II) *521*.

Decisions of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia:

Delalić et al. (Trial Chamber, judgment of 16 November 1998; Appeals Chamber, judgment of 20 February 2001): (II) *521*.

Furundžija (Trial Chamber, judgment of 10 December 1998): (II) *520-521*, *526*.

Kunarac (Trial Chamber, judgment of 22 February 2001): (II) *521*.

Naletilić et. al. (Trial Chamber, judgment of 31 March 2003): (II) *521*.

Decisions of the International Tribunal for the Law of the Sea:

Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), judgment of 14 March 2012: (II) 668, 691, 715-716, *743*, *749*, *756-758*, *766*.

The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. *Guinea)*, judgment of 1 July 1999: (I) 343, *394*.

Decisions of the Permanent Court of International Justice:

Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65: (I) *82-83*, *92*.

Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9: (I) *265*.

Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17: (I) *265*, 331, *357-358*, *396-397*.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46: (I) *265*, *360*.

Governing Commission of the Saar Territory, 1939: (I) *82*.

Greco-Bulgarian "Communities", Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17: (I) *265*, *360*.

Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15: (I) *79*, *83*, *266*, *355*, *360*.

Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53: (II) 655.

Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2: (II) *596*, *727*.

Société commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78: (II) *722-724*.

Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5: (I) 25.

Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44: (I) *265, 360.*

Declaration accepting the jurisdiction of the International Court of Justice as compulsory: (I) 328; (II) 427, 440-441, 448, *472, 483-485, 560, 591-593, 600-604, 606, 610,* 631.

Deportation: (I) 110, 113-114, 121, 133, 140, 142, *205-207, 219-220, 224, 226, 246, 249-252, 258, 273, 285-286, 288-289, 290, 316.*

Detention: (I) 328-334, 336, 338-343, 345, *349-350, 364-365, 374, 385-395, 398-399, 401, 404-405, 407-408, 412-413, 415-416, 419.*

Diplomatic protection: (I) *177,* 344, *365, 391-392, 397-398, 402, 415*; (II) *571.*

Discharge: (I) 109, 146.

Discretion: (I) 24-31, *60, 96.*

Draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunities of States: (I) 123-125, 138, *242.*

E

Effective remedy: (I) 119, *208, 217, 227, 256, 259, 270, 289-290, 293-294, 298-301, 306-308, 361.*

Effectivités: (II) 646, 652-657, *730-735.*

Enclave: (II) 634-636, 671, 688, 694-696, 700, 702-703, 708, 713.

Entitlement to Standing: (II) *468-470, 482-486.*

Envelope of arcs: (II) 713, 715, 719-720, *748.*

Equidistance line:

See *Median line.*

Equity (Considerations of—): (I) 334-335, 337, *372-384, 388-390, 393, 400-401, 413-414, 416-417.*

***Erga omnes partes* (Obligations —):** (II) 449-450, 458, *469-470, 481-486, 489, 527-529, 556, 574-577, 581, 587-589, 608, 611-619.*

Eritrea-Ethiopia Claims Commission: (I) 331, *370, 388.*

European Court of Human Rights (ECHR): (I) *75, 78, 84-86,* 331, 337, 340, *348, 350, 375, 382-383, 386, 388, 397, 404, 408, 410, 414, 416*; (II) *484.*

See also *Decisions of the European Court of Human Right.*

Evidentiary issue: (I) 333-344, *372, 387-389, 392-393, 399-401, 404-420*; (II) 453, 456, *499, 501-502, 505, 583*, 644-662, 669, 705, *751-756, 765-766.*

Exclusive economic zone: (II) 632, 635, 637, 652, 662, 665-666, 670-671, 673-675, 686, 688-695, 699, 703, 713, 719, *726-727, 736-740, 742, 745-746, 764.*

Exequatur: (I) 107-109, 115-117, 134, 139, 145-147, 149-153, 155.

Expulsion: (I) 328-334, 336-343, 345, *349-350, 364-365, 374, 385-389, 391-395, 399, 401, 404-405, 407-408, 411-413, 416-419.*

Extended continental shelf: (II) 662-670, *719-725, 728, 751-759, 762-766, 771.*

Extension of time-limits: (I) 17, *395*; (II) 427.

F

Federal Compensation Law: (I) 111, *276.*

Fixing of time-limits: (I) 3-5, 7-8, 17, 105-106, 329; (II) 427, 631.

Forced labour: (I) 110, 112-114, 121, 126, 140, 142-143, *182, 187-188, 190, 205-207, 217-226, 246, 249-252, 258, 262, 267, 272-277, 285-290, 316.*

Fundamental fault: (I) 15-16, 20, 23-24, 48-49, *63, 95-96.*

G

General Assembly of the United Nations: (I) 20-21, *67, 70, 81-82.*

Resolution 89 I (11 December 1946): (I) 22.
Resolution 95 (I) (11 December 1946): (I) 122.
Resolution 957 (X) (8 November 1955): (I) *66.*
Resolution 2625 (XXV) (24 October 1970): (I) *161.*
Resolution 32/107 (15 December 1977): (I) 21.
Resolution 47/188 (22 December 1992): (I) 32.
Resolution 50/54 (11 December 1995): (I) 26-27, *70.*
Resolution 52/198 (18 December 1997): (I) 34.
Resolution 59/38 (2 December 2004): (I) *168, 175, 315.*
Resolution 60/147 (16 December 2005): (I) *209-301, 368, 386, 397.*

Good administration of justice: (I) 25, 29-30, *57, 61-63, 68-69, 81, 90-92.*

H

Human Rights Committee: (I) 27, *84*, 335; (II) *539, 540-541.*

I

ILOAT Statute: (I) 15, 17, 20, 22-24, 35-37, 38, 44, 46-48, *64, 95.*
Article XII: (I) 14, 16, 19-20, 21-25, 27-28, 31, 38, 48-49, *54-59, 63-64, 94-95.*

Immunity from enforcement: (I) 146-147, 150, *165.*

Injury: (I) 331-333, *349, 358-359, 365-366, 374-375, 378, 397-398.*
Material —: (I) 330-332, 335-343, 345, *375-378, 383, 385-389, 398-402, 404-405, 409-420.*
Non-material —: (I) 330-335, 345, *350, 375-378, 383, 385-386, 393-395, 398-400, 402, 404-409.*

Institut de droit international: (I) *162, 165-166, 168, 174, 184, 194-198, 303, 305-307.*

Inter-American Court of Human Rights (IACHR or IACtHR): (I) *75, 78, 85-86,* 331, 337, 340, *348, 350, 369, 379, 382-383, 386, 388, 397, 404, 407-410, 414-415.*
See also *Decisions of the Inter-American Court of Human Rights.*

International arrest warrant: (II) 432-433, 439, 444, *499, 504-505, 509, 520.*

International Fund for Agricultural Development (IFAD):
Questions asked to the ICJ by the —: (I) 36.
Question I: (I) 15, 36-48, 50, *94.*
Question II: (I) 15-16, 48-50, *94.*
Question III: (I) 16, 48-50, *94.*
Question IV: (I) 16, 48-50, *94.*
Question V: (I) 16, 48-50, *94.*
Question VI: (I) 16, 48-50, *94.*
Question VII: (I) 16, 48-50, *94.*
Question VIII: (I) 16, 48-50, *94.*
Question IX: (I) 16, 49-50, *94.*

International humanitarian law: (I) 105, 107-109, 116-117, 119, 130, 136, 139, 153-155, *159, 187, 198-202, 225, 245, 249, 266-267, 269-270, 280-283, 285, 290, 293-295, 299-301, 303-304, 307-309, 368, 370, 372, 379, 386*; (II) 431-432, 435, 444, *464, 479, 490, 505, 509, 519, 533-534, 540-541, 546, 558, 572.*

International Law Association (ILA): (I) *194-198, 209.*

International Law Commission (ILC): (I) 123, 127, 129-130, 138, *158-159, 165-170, 175, 199-200, 223-224, 259-260, 314-315, 318, 320, 359, 365, 396, 406, 410*; (II) *469, 484-485, 506-507, 614, 740-741.*
Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: (I) 124, 140, 153, *200, 204, 268, 296, 318-319, 397*; (II) *469, 575.*

International law of human rights: (I) 136-137, 139, *159, 177, 182-184, 196-198, 200-202, 206, 208, 210-211, 214, 227-229, 231, 235-236, 241, 244-245, 249,*

266-267, 269-270, 285, 293, 299-301, 307-309, 318, 331, 335, *348-349, 359, 361-384, 386, 391, 394-395, 397-398, 404, 406-407, 409, 414-416*; (II) 431, 438, *490-491, 505-541, 545-550, 554-558, 588, 599.*

See also *Decisions of the European Court of Human Rights; Decisions of the Inter-American Court of Human Rights.*

International Military Tribunal for the Far East (the Tokyo Tribunal): (I) *221, 249.*

International Military Tribunal of Nuremberg: (I) *218-225, 249.*

Statute of the —: (I) 121-122.

International State responsibility: (I) 107-109, 117, 121, 124-140, 143, 145, 153-154, *170-171, 173-177, 188-191, 197-206, 213, 217, 222-226, 230, 244, 250, 255, 267, 295-296, 300, 311, 318-319, 355-359, 361-366, 396-397, 404-405, 409-410*; (II) 448-450, 456, 458-459, 461, *468-469, 481-485, 506-508, 526, 567, 569, 571, 573-577, 587, 607, 614.*

International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS): (I) 331, *388.*

Intervention: (I) 106, 109, *159*; (II) 632, *760-761.*

Application for permission to intervene: (I) 105, *246-247.*

Iran-United States Claims Tribunal: (I) 331, *388, 404, 410, 412, 417.*

Island(s): (II) 636, 642-645, 673-674, 689-692, *771.*

J

Judicial mortgage: (I) 109, 116, 146-148, 150, *228.*

Jure gestionis (Acta —): (I) 124-125, 127, *172-173, 182, 211-213, 237-239, 241-242, 244-245, 250, 258, 284, 288, 297, 304, 313.*

Jure imperii (Acta —): (I) 124-135, *157-160, 165, 172-173, 182, 211-213, 228, 234, 237-239, 241-242, 244-252, 258, 270-271, 284, 288, 297, 302, 304, 313-314, 317, 321.*

Jurisdiction: (II) 495, *514-515.*

— of the International Court of Justice: (I) 19-24, 117-120; (II) 427-430, 440-448, 462, *464-468, 471-476, 483, 518, 541-544, 553, 559-565, 577, 588-589, 591-604, 606-610, 616-617, 619,* 630-631, 637-638, *724, 731, 750.*

— of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization: (I) 15-17, 20, 23, 28, 35-49, *54, 59, 63, 94-95.*

Jurisdictional immunity:

Exceptions to —: (I) 124-143, *157-170, 172-178, 183, 196, 211-215, 231-233, 237-239, 266, 296-322.*

— of State officials: (I) 138-139, 143, *163-165, 178, 302*; (II) *432-433, 620-621.*
— of the State: (I) 105-*322.*
See also *Tort exception.*

Jus cogens: (I) 109, 125, 135-142, *178, 182-183, 186, 199-200, 207, 210-211, 213-214, 218, 224-230, 234, 239, 246-252, 254, 256-261, 266, 281, 283-290, 318-320*; (II) 457, *477, 489-490, 505-508, 517-527, 529-530, 536, 541, 550, 553, 556-558, 575, 606, 615.*

L

Last resort (Argument of —): (I) 135, 142, *176, 293.*

Law of armed conflict: (I) 136, 139-140, 145.

Loss of earnings: (I) 330, 332, 338-340, 342, *385-390, 392-393, 401, 413-414.*

M

Maritime delimitation: (II) 624-*771.*
Method: (II) 634, 636, 671, 683, 693-698, 719, *735-739, 741-745.*

Martens clause: (I) *222, 224.*

Measures of constraint: (I) 107-108, 117-118, 120, 145-148, 150, 153, 155, *194-195.*

Median line: (II) 634-635, 637, 662, 669, 671, 678, 693-700, 703-706, 708-710, 717, *735-742, 744, 747-749, 755, 761, 770.*

Memorandum of Understanding between the Conference of the Parties of the Convention to Combat Desertification and the International Fund for Agricultural Development regarding the Modalities and Administrative Operations of the Global Mechanism: (I) 16, 33, 36-38, 44-45, 47, *53.*

Military internees: (I) 110, 112-113, 121, 126, 143-144, *173-174, 188-190, 203, 214, 264, 272, 274-280, 290, 294, 300-301.*

N

Natural resources: (II) 635-663, 706, 718.

Negotiation(s): (II) 433-434, 436, 440, 445-447, *475, 481, 560-563, 569, 592-604, 609.*

O

Obligation to extradite: (II) 426-*622*.

See also *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Article 6 and Article 7.*

Obligation to prosecute: (II) 426-*622*.

See also *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Article 6 and Article 7.*

Opinio juris: (I) 122-123, 135, *215, 283, 298, 302, 304-306, 357*; (II) 457, *477-480, 523, 620.*

Oral proceedings:

See *Public hearings.*

P

Permanent Court of International Justice (PCIJ): (I) *74.*

See also *Decisions of the Permanent Court of International Justice*; *Statute of the Permanent Court of International Justice.*

Preclusion: (I) 113-114.

Preliminary objection(s): (I) 328, 341; (II) 631, 635-637, 648-649.

Prisoners of war: (I) 110, 112-113, 121, 140, 143, *203, 217-218, 220-221, 250, 272-280, 285, 290, 300-301.*

Procedure of review: (I) 23, 26.

Provisional measures: (II) 427, 437, 447, *485, 489-490, 504, 515-518, 527, 535, 544, 607.*

Provisional median line:

See *Median line.*

Public hearings: (I) 18-19, 30-31, *58, 62-67, 70, 81-82, 88, 90, 92*, 106-107, *281*; (II) 427-431, 437, 443, 446, 448-449, *464-465, 477, 481, 490, 498, 500, 527, 540, 549, 551, 569, 590, 612*, 631-632.

R

Refugee (— status): (I) 111, *245, 288.*

Rehabilitation: (I) *378-380.*

Relationship Agreement between the UN and the IFAD: (I) 21-22.

Relevant circumstance(s): (II) 693-697, 700-710, 715-717, *735-739, 744, 746-747, 755.*

Relevant coast(s): (II) 674-681, 698-699, *737.*

Relevant maritime area: (II) 682-686, 700, 702, 709-710.

Remedial avenues: (I) 125, *171, 203, 208-210, 287, 293, 299, 303*, 334.

"Remembrance, Responsibility and Future" Foundation:

Legal framework: (I) *272-274.*
— Law (2 August 2000): (I) 112-113, *187-188, 203, 272-277, 279-280.*

Reparation(s): (I) 105, 113-114, 117, 119-120, 122, 135, 140, 142-144, 153, *157, 167, 176, 184, 186-188, 190-191, 196-217, 226-290, 292-308*, 329-330, *348-384, 397-398*; (II) 441, *508, 530, 533-535, 554-558, 610*, 633, 635, 717-718.

***Res inter alios acta* (Principle of —):** (II) 660, 685, *746, 750, 771.*

Restitution: (I) 110, 153-154.

Rock(s): (II) 688, 693, 713.

Rules of the International Court of Justice:

Article 31: (I) 3, 7.
Article 38: (II) *722.*
Article 44: (I) 3, 7.
Article 45: (I) 7.
Article 48: (I) 7.
Article 49: (I) 7.
Article 53: (I) 106; (II) 427, 631-632.
Article 56: (II) 632.
Article 60: (II) 636-637.
Article 61: (II) 632.
Article 72: (II) 428, 632.
Article 73: (II) 427.
Article 74: (II) 427.
Article 75: (II) 427.
Article 79: (II) 631.
Article 80: (I) 3, 4, 105, 117.
Article 83: (I) 105.
Article 84: (I) 106.
Article 85: (I) 106, 109.

Rules of the Permanent Court of International Justice:

Article 40: (II) *723.*

S

Saving clause: (I) 126, 128-129.

Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations: (I) 130, 138-139, *260, 315.*

Sovereign equality (Principle of —): (I) 123-124, *158, 160-161, 166-167, 173-174, 284.*

Sovereignty: (I) *360*; (II) 632, 636-637, 641-662, 664, 670, 718, *730-735.*

Specialized agencies: (I) 17, 20-23, 28-29, 35, 41, *53, 59, 62-63.*

Standing: (II) 449-450, *468, 470, 530, 574-576, 586-589.*

State practice: (I) 122-123, 126, 130-135, 148, *161-171, 176, 185, 197, 204, 206, 213, 226, 229-235, 238, 248, 268, 285, 297-298, 302, 304-305, 309-322*; (II) 457, *477-480, 484, 523, 541, 576, 582, 615-618, 620.*

Statute of the International Court of Justice: (I) 23, *63, 77-78, 88*; (II) *482.*

Article 31: (I) 105; (II) 427, 631.
Article 34: (I) *64, 80.*
Article 36: (I) 328; (II) 427, 440-441, 448, *472, 560, 591-593, 600-604*, 631.
Article 38: (I) 122, *176*; (II) *614*, 673.
Article 40: (I) 105; (II) 427, 631, *722, 740.*
Article 41: (II) 427, *527.*
Article 48: (I) 3, 7.
Article 49: (I) 19.
Article 59: (II) 707, *750, 760, 767, 769.*
Article 62: (I) 105; (II) 632, *760-761.*
Article 64: (I) *96*, 344.
Article 65: (I) 17, 20, 22, 24-25, 30.
Article 66: (I) 16-17, *66, 81-82.*
Article 68: (I) *96.*

Statute of the Permanent Court of International Justice: (I) *76-78, 88.*

Article 36: (II) 631.
Article 40: (II) *723.*
Article 62: (II) *723.*
Article 63: (II) *723.*

Stay of execution: (I) 19, 27, *54-57, 60.*

T

Territorial sea: (II) 635, 637, 644, 662, 666, 673, 686, 689-692, 709, 713, 715, *740-741, 745.*

Tort exception: (I) 127-135, *173, 213, 232, 234, 238-239, 297, 304, 309-321.*
See also *Jurisdictional immunity.*

Torture: (I) 137, 139, *157, 229-230, 294, 319-321, 394, 407-408, 415*; (II) 428-432, 437, 441-446, 449-457, 460-461, *465-466, 469, 473-474, 476-477, 480, 483,*

490-493, 495-497, 502-509, 512, 516, 518-527, 529-533, 536, 539-542, 545-546, 548, 550-558, 561, 566-567, 572-575, 578-580, 582-584, 586-589, 594, 599, 601, 604, 614-617.

See also *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; United Nations Committee against Torture.*

U

United Nations Commission on Darfur: (I) *267-268, 300.*

United Nations Commission on the Limits of the Continental Shelf: (II) 666-667, 669, *752, 754, 756-759, 762, 764-766, 770.*

United Nations Committee against Torture: (II) 435, 438-439, 457-458, *483, 489, 495-497, 510, 512, 514-515, 532, 539-542, 547, 550-552, 576-578.*

United Nations Compensation Commission: (I) 331, 340, *388.*

Universal Declaration of Human Rights: (I) *60.*

Universal jurisdiction: (II) 428, 430-431, 451, 453, 455, 461, *465-466, 478-481, 496, 504, 535-536, 545, 547, 556, 572, 578, 580, 582-583, 616.*

See also *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Article 5.*

United Nations Security Council: (I) 20-21.

Resolution 1315 (14 August 2000): (II) *583.*
Resolution 1757 (30 May 2007): (II) *583.*

Uti possidetis juris: (II) 645-646, 649-654, *730-735.*

W

Waiver clause: (I) 188, *202-207, 211-212, 216, 275, 278.*

War crime: (I) 119, 121-122, 135-137, 142, 145, 149, *170, 187, 195, 200, 203, 208, 211-214, 216-217, 219-225, 232, 244-245, 266, 270, 277-279, 290, 307*; (II) 428-430, 432, 435, 437, 442, 444, *465, 471, 474, 476-480, 509, 540, 601, 604.*

Weighted line: (II) 710-713, *748-749, 770.*

Annex

LIST OF TREATIES, CONVENTIONS AND DECLARATIONS CITED[1]

African Charter on Human and Peoples' Rights (27 June 1981): (I) 329, 335, *348-349, 371.*

American Convention on Human Rights (22 November 1969): (I) *60, 84, 86, 257-259, 372, 375.*

American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogotá) (30 April 1948): (II) 630-631.

Barcenas-Esguerra Treaty between Colombia and Nicaragua (24 March 1928): (II) 633, 638, 645-650, 652-653, 658-659, 705, *730-735.*

Charter of the United Nations (26 June 1945): (I) 20, 22-23, *67,* 123-124, *161, 199, 235.*

Article 57: (I) 21.
Article 63: (I) 21.
Article 80: (I) *84.*
Article 96: (I) 20-22, 28-29, *53.*

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4 November 1950): (I) *60, 78, 85,* 115, *214, 229, 231, 232-233, 256-259, 315, 411, 416-417;* (II) *484, 507, 523-524.*

Protocol No. 1 (20 March 1952): (I) 115, *217, 233.*

European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes (29 April 1957): (I) 105, 117, 119.

European Convention on State Immunity (16 May 1972): (I) 122, 124-130, 133, 138, 143, *168, 173, 212, 237, 241, 310, 314, 320.*

Fourth Hague Convention (18 October 1907): (I) *204-206, 209, 218, 221-224, 248, 266-267, 288, 294-296.*

Geneva Conventions on International Humanitarian Law (12 August 1949): (I) *193, 195, 199, 201, 203, 209, 218, 222, 225;* (II) *521.*

Additional Protocol I (8 June 1977): (I) *159, 197, 199, 201, 204-206, 225, 265, 294-296, 319-320.*

International Covenant on Civil and Political Rights (16 December 1966): (I) 27, *60,* 329, 335, *348-349, 371.*

[1] This list has been drawn up solely on the basis of the references given in the text of the original language.

Peace Treaty between the Allied Powers and Italy (10 February 1947): (I) 110-111, 145, *170, 203, 206, 208-209, 211-212, 216, 275, 278.*

United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (10 December 1984): (I) 138; (II) 425-*622.*

Article 2: (II) *615.*
Article 4: (II) 434, 439, 443, 454, 457, *467, 498, 548, 584-587, 590.*
Article 5: (II) 428, 430, 434-435, 441-443, 449-451, 453-455, 457, 460-461, *464-470, 478, 491, 496-497, 501, 503, 518, 527-529, 547, 553, 556, 572-574, 576-578, 580, 584-587, 590, 594, 618-620.*
Article 6: (II) 428-430, 441, 443-445, 448, 451-454, 456, 458, 461-462, *465, 467-470, 471, 481-482, 489, 491, 498, 500-501, 504-505, 518, 547, 553, 556, 559, 565-567, 569, 574, 576-579, 583-587, 591, 594, 600, 619.*
Article 7: (II) 428-430, 434-435, 441, 443-448, 450-463, *465, 467-469, 471, 473, 481-482, 485, 489, 491, 496-498, 501-505, 511, 518, 527-529, 547-548, 550, 552-553, 556, 559, 567-570, 573-574, 576-591, 594, 596, 599-600, 617, 620-621.*
Article 8: (II) 434, *467.*
Article 9: (II) *609.*
Article 17: (II) *576, 616.*
Article 18: (II) *576, 616.*
Article 19: (II) *576, 616.*
Article 20: (II) *576, 616.*
Article 21: (II) *484, 576, 616.*
Article 22: (II) *495-496, 576-577.*
Article 23: (II) *616.*
Article 24: (II) *616.*
Article 30: (II) 427, 433-436, 445-446, 448, *467, 471-473, 542, 559-560, 562-565, 577, 591-600, 602, 606, 616-617.*

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (adopted on 2 December 2004): (I) 122-128, 133, 138, 143, 147-148, 151, *158, 167, 173, 175, 237-239, 259-260, 286, 309, 313, 315, 320.*

United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (10 December 1982): (II) 666-669, 673-674, *751, 758-759, 762, 771.*

Article 3: (II) 689-691.
Article 15: (II) 690, *740, 742.*
Article 16: (II) 683.
Article 74: (II) 673-674, *740, 742, 746, 771.*
Article 76: (II) 662, 666-669, *725, 728, 751-753, 755-756, 758-759, 763-766, 771.*
Article 83: (II) 668, 673-674, *740, 742, 746, 771.*
Article 121: (II) 673-674, 688-690, 692-693, 713, 715, *771.*

United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (17 June 1994): (I) 15-17, 32-34, 36-37, 40, *53, 55, 58.*

Vázquez-Saccio Treaty between Colombia and the United States (8 September 1972): (II) 642, 659-660.

Vienna Convention on Consular Relations (24 April 1963): (I) 329, *348-349*, *405*.

Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969): (II) *613*, *615*.
Article 27: (II) 460.
Article 28: (II) 457.

TABLE DES MATIÈRES

Page

APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE (CROATIE C. SERBIE)

ORDONNANCE DU 23 JANVIER 2012 3

(Fixation de délai)

CONSTRUCTION D'UNE ROUTE AU COSTA RICA LE LONG DU FLEUVE SAN JUAN (NICARAGUA C. COSTA RICA)

ORDONNANCE DU 23 JANVIER 2012 7

(Fixation de délais)

JUGEMENT N° 2867 DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL SUR REQUÊTE CONTRE LE FONDS INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT AGRICOLE

AVIS CONSULTATIF DU 1er FÉVRIER 2012 10

Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade. 51
Déclaration de M. le juge Greenwood 94

IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT (ALLEMAGNE C. ITALIE; GRÈCE (INTERVENANT))

ARRÊT DU 3 FÉVRIER 2012 99

Opinion individuelle de M. le juge Koroma 157
Opinion individuelle de M. le juge Keith 161
Opinion individuelle de M. le juge Bennouna 172
Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade 179
Opinion dissidente de M. le juge Yusuf 291
Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Gaja 309

AHMADOU SADIO DIALLO (RÉPUBLIQUE DE GUINÉE C. RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO)

ARRÊT DU 19 JUIN 2012 (INDEMNISATION) 324

Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade 347
Déclaration de M. le juge Yusuf 385
Déclaration de M. le juge Greenwood 391
Opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Mahiou 396
Opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Mampuya 403

QUESTIONS CONCERNANT L'OBLIGATION DE POURSUIVRE OU D'EXTRADER (BELGIQUE C. SÉNÉGAL)

ARRÊT DU 20 JUILLET 2012 422

Déclaration de M. le juge Owada 464
Opinion individuelle de M. le juge Abraham 471
Opinion individuelle de M. le juge Skotnikov 481

Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade 487
Opinion individuelle de M. le juge Yusuf 559
Opinion dissidente de M^me^ la juge Xue 571
Déclaration de M^me^ la juge Donoghue 584
Opinion individuelle de M^me^ la juge Sebutinde. 591
Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Sur 605

DIFFÉREND TERRITORIAL ET MARITIME (NICARAGUA C. COLOMBIE)

ARRÊT DU 19 NOVEMBRE 2012 624

Opinion dissidente de M. le juge Owada 721
Opinion individuelle de M. le juge Abraham 730
Déclaration de M. le juge Keith 740
Déclaration de M^me^ la juge Xue 746
Opinion individuelle de M^me^ la juge Donoghue 751
Déclaration de M. le juge *ad hoc* Mensah 762
Déclaration de M. le juge *ad hoc* Cot 768

INDEX FRANÇAIS.

Annexe. Liste des traités, conventions et déclarations cités.

ENGLISH INDEX.

Annex. List of treaties, conventions and declarations cited.

CONTENTS

Page

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (CROATIA *v.* SERBIA)

ORDER OF 23 JANUARY 2012 3

(Fixing of time-limits)

CONSTRUCTION OF A ROAD IN COSTA RICA ALONG THE SAN JUAN RIVER (NICARAGUA *v.* COSTA RICA)

ORDER OF 23 JANUARY 2012 7

(Fixing of time-limits)

JUDGMENT NO. 2867 OF THE ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION UPON A COMPLAINT FILED AGAINST THE INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT

ADVISORY OPINION OF 1 FEBRUARY 2012 10

Separate opinion of Judge Cançado Trindade 51
Declaration of Judge Greenwood 94

JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE (GERMANY *v.* ITALY: GREECE INTERVENING)

JUDGMENT OF 3 FEBRUARY 2012 99

Separate opinion of Judge Koroma 157
Separate opinion of Judge Keith 161
Separate opinion of Judge Bennouna 172
Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade 179
Dissenting opinion of Judge Yusuf 291
Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Gaja 309

AHMADOU SADIO DIALLO (REPUBLIC OF GUINEA *v.* DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO)

JUDGMENT OF 19 JUNE 2012 (COMPENSATION) 324

Separate opinion of Judge Cançado Trindade 347
Declaration of Judge Yusuf 385
Declaration of Judge Greenwood 391
Separate opinion of Judge *ad hoc* Mahiou 396
Separate opinion of Judge *ad hoc* Mampuya 403

QUESTIONS RELATING TO THE OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (BELGIUM *v.* SENEGAL)

JUDGMENT OF 20 JULY 2012 422

Declaration of Judge Owada 464
Separate opinion of Judge Abraham 471
Separate opinion of Judge Skotnikov 481

Separate opinion of Judge Cançado Trindade 487
Separate opinion of Judge Yusuf 559
Dissenting opinion of Judge Xue 571
Declaration of Judge Donoghue 584
Separate opinion of Judge Sebutinde 591
Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Sur 605

TERRITORIAL AND MARITIME DISPUTE (NICARAGUA *v.* COLOMBIA)

JUDGMENT OF 19 NOVEMBER 2012 624

Dissenting opinion of Judge Owada 721
Separate opinion of Judge Abraham 730
Declaration of Judge Keith 740
Declaration of Judge Xue 746
Separate opinion of Judge Donoghue 751
Declaration of Judge *ad hoc* Mensah 762
Declaration of Judge *ad hoc* Cot 768

INDEX FRANÇAIS.

Annexe. Liste des traités, conventions et déclarations cités.

ENGLISH INDEX.

Annex. List of treaties, conventions and declarations cited.

On peut acquérir les publications de la COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE auprès des librairies spécialisées du monde entier. Pour tous renseignements, prière de s'informer à l'adresse suivante :

United Nations Publications, 300 East 42nd Street, Room IN-919 J, New York, NY 10017, Etats-Unis d'Amérique. Tél. (+ 1-212) 963 83 02. Télécopie (+ 1-212) 963 34 89. Adresse électronique : publications@un.org

Des couvertures mobiles permettant de relier les fascicules du *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances* parus au cours d'une année sont en vente à l'adresse ci-dessus.

Pour toutes questions autres que l'achat de publications, s'adresser à *Monsieur le Greffier de la Cour internationale de Justice, Palais de la Paix, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas.* Tél. (+ 3170) 302 23 23. Télécopie : (+ 3170) 364 99 28. Adresse électronique : mail@icj-cij.org

The publications of the INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE may be ordered from any bookseller. For information regarding the sale of the Court's publications please write to the following :

United Nations Publications, 300 East 42nd Street, Room IN-919 J, New York, NY 10017 United States of America. Tel. (+1-212) 963 83 02. Fax (+1-212) 963 34 89. E-mail : publications@un.org

Loose covers for binding the year's issues in the series *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders* may be purchased at the above address.

All enquiries other than with regard to purchase of publications should be addressed to the *Registrar of the International Court of Justice, Peace Palace, 2517 KJ The Hague, Netherlands.* Tel. (+3170) 302 23 23. Fax (+3170) 364 99 28. E-mail : mail@icj-cij.org

PRINTED IN FRANCE

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071149-4